

JESÚS CASQUETE y JAVIER TAJADURA
(Coordinadores)

LA CONSTITUCIÓN
DE WEIMAR: HISTORIA,
POLÍTICA Y DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Madrid, 2020



Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2020:

© Jesús Casquete y Javier Tajadura (Coords.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
Twitter @cepcgob

NIPO: 044-19-055-2
ISBN: 978-84-259-1817-9
Depósito legal: M-8781-2020

Preimpresión, impresión y encuadernación:
Dagaz Gráfica, s.l.u.

Impreso en España - *Printed in Spain*
En esta edición se ha utilizado papel ecológico sometido a un proceso de blanqueado TCF, cuya fibra procede de bosques gestionados de forma sostenible.



ÍNDICE

LISTADO DE SIGLAS	11
-------------------------	----

PRESENTACIÓN	13
<i>por</i> JESÚS CASQUETE Y JAVIER TAJADURA	

PRIMERA PARTE

LA REPÚBLICA DE WEIMAR: CONSTITUCIÓN Y CONTEXTO

LA REPÚBLICA DE WEIMAR: CONSTITUCIÓN Y CON- TEXTO	17
<i>por</i> JESÚS CASQUETE Y JAVIER TAJADURA	

INTRODUCCIÓN	17
--------------------	----

1. EL SURGIMIENTO DE UN NUEVO TIPO HISTÓRICO DE CONSTITUCIÓN: LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA	18
2. LA GÉNESIS DE LA CONSTITUCIÓN: LA REVOLUCIÓN ALEMANA Y LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE	22
2.1. <i>El advenimiento de la república: tres revoluciones en una</i> ..	23
2.2. <i>Las elecciones constituyentes del 19 de enero de 1919: los partidos políticos de Weimar</i>	31
2.3. <i>La Ley de poderes provisionales del Reich de 10 de febrero de 1919</i>	45
2.4. <i>El Tratado de Versalles</i>	50
2.5. <i>La elaboración y aprobación de la constitución</i>	55

3. LA REPÚBLICA EN LA ENCRUCIJADA	61
3.1. <i>Agitación política y social tras la aprobación de la constitución (1920-1923)</i>	61
3.2. <i>La precariedad del orden republicano a la luz de sus símbolos: los colores de la república y el Día de la Constitución el 11 de agosto</i>	65
4. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN	76
4.1. <i>La forma de gobierno democrático parlamentaria</i>	76
4.2. <i>El presidente del Reich, el artículo 48 y la mutación constitucional de 1930</i>	83
4.3. <i>El federalismo</i>	96
4.4. <i>La reforma constitucional y el control judicial de las leyes</i> ...	110
4.5. <i>Los derechos fundamentales</i>	119
5. EPÍLOGO: EL COLAPSO DE LA REPÚBLICA	126
BIBLIOGRAFÍA	134

SEGUNDA PARTE

CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO

LA BASE SOCIAL DE LOS EJES DE CONFLICTO EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR, 1919-1933	141
<i>por JÜRGEN W. FALTER</i>	
1. CONTINUIDADES Y DISCONTINUIDADES A NIVEL NACIONAL	146
2. RECONSTRUYENDO LAS GANANCIAS Y PÉRDIDAS «REALES» DE LOS BLOQUES POLÍTICOS ENTRE 1920 Y 1933	150
3. LOS FUNDAMENTOS SOCIALES DEL SISTEMA DE PARTIDOS DE WEIMAR	154
4. CORRELACIONES SOCIALES Y PRINCIPALES PARTIDOS POLÍTICOS ...	155
5. AFILIACIÓN PARTIDARIA DE LOS GRUPOS SOCIALES	158
6. LA COMPOSICIÓN SOCIAL DE LOS ELECTORADOS DE PARTIDOS ...	162
7. CONCLUSIÓN	164
BIBLIOGRAFÍA	165
EL PARAMILITARISMO EN WEIMAR	169
<i>por ÁNGEL ALCALDE</i>	
1. ORÍGENES DEL PARAMILITARISMO EN WEIMAR	171
2. LOS FREIKORPS Y EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DE WEIMAR ...	174

ÍNDICE

3. EL PARAMILITARISMO DE COMBATE CONTRA LA REPÚBLICA	178
4. HACIA EL PARAMILITARISMO DE PARTIDO	183
5. LA GUERRA CIVIL LATENTE Y LAS SA	186
6. CONCLUSIÓN	192
BIBLIOGRAFÍA	193
 DE LAS PALABRAS A LOS HECHOS. ANTISEMITISMO EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR	 197
<i>por</i> STEFANIE SCHÜLER-SPRINGORUM	
BIBLIOGRAFÍA	213

TERCERA PARTE

CUESTIONES CONSTITUCIONALES CONTROVERTIDAS

LOS PODERES EXCEPCIONALES DEL PRESIDENTE DEL REICH. EL ART. 48.2 DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR EN EL DEBATE ACADÉMICO	219
<i>por</i> LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
1. LOS PODERES EXCEPCIONALES DEL PRESIDENTE DEL REICH Y LAS POSICIONES EN EL DEBATE ACADÉMICO	219
1.1. <i>Los poderes excepcionales del Presidente del Reich y la decadencia de la Constitución de Weimar</i>	219
1.2. <i>El art. 48.2 CW en el debate académico. El positivismo jurídico y las teorías materiales de Constitución en la in- terpretación de los poderes excepcionales</i>	222
2. EL CONCEPTO DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICAS DEL ART. 48.2 CW . . .	225
2.1. <i>La evolución del concepto orden y seguridad públicas del art. 48.2 CW: de la doctrina del estado de policía al estado de excepción financiero</i>	225
2.2. <i>El orden y la seguridad públicas en el debate académico . . .</i>	228
3. LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES DEL ART. 48.2 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA POTESTAD NORMATIVA DEL PRESIDENTE DEL REICH	231
3.1. <i>Los decretos legislativos de excepción y su relación con la Constitución</i>	231
3.2. <i>Los decretos legislativos de excepción y su relación con las reservas de ley</i>	234
3.3. <i>Los decretos legislativos de excepción y la suspensión de los derechos fundamentales</i>	237

4. LÍMITES Y CONTROLES DE LOS PODERES EXCEPCIONALES DEL PRESIDENTE DEL REICH	239
4.1. <i>La titularidad y la temporalidad de las medidas excepcionales</i>	239
4.2. <i>El control parlamentario y judicial de los poderes excepcionales</i>	242
5. CONCLUSIONES	245
BIBLIOGRAFÍA	247
EL CONFLICTO DE PRUSIA CONTRA EL REICH	251
<i>por LETICIA VITA</i>	
INTRODUCCIÓN	251
1. LA VIOLENCIA EN PRUSIA Y EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL ESTATAL	253
2. EL TRIBUNAL ESTATAL DE LEIPZIG Y SU SENTENCIA DEL 25 DE OCTUBRE	256
3. SALVAR A LA REPÚBLICA: LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE HERMANN HELLER	259
4. EL ALEGATO DE CARL SCHMITT: EL PRESIDENTE DEL REICH COMO GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN	263
5. EL COMENTARIO DE HANS Kelsen A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ESTATAL	266
6. CONSIDERACIONES FINALES	270
BIBLIOGRAFÍA	271
ANEXOS	275
CRONOLOGÍA	275
MAPA DE ALEMANIA EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR	279
TABLAS	280
AUTORES	285
ÍNDICE ONOMÁSTICO	287

EL CONFLICTO DE PRUSIA CONTRA EL REICH

LETICIA VITA

Introducción

La historia de la República de Weimar cuenta con muchos capítulos interesantes. Sin embargo, tal vez a sabiendas de su trágico final, nos ocupamos especialmente de aquellos que precipitaron su caída. El conflicto entre el Estado Federado de Prusia y el Reich constituye uno de ellos. Se desencadenó el 20 de julio de 1932 a raíz del así llamado *Preußenschlag*, una intervención federal con destitución de las autoridades locales en la región de Prusia. Como consecuencia de esta acción, el Estado Federado se presentó ante el Tribunal Estatal pidiendo la inconstitucionalidad de la medida. El 25 de octubre los jueces dictaron una sentencia que convalidaba la intervención en Prusia¹. A los pocos meses Hitler sería nombrado canciller y la experiencia democrática de Weimar se convertiría en un recuerdo.

El conflicto merece una especial atención por varios motivos. En primer lugar porque ha sido considerado, por sus contemporáneos pero también a la distancia por la academia, como un auténtico punto de inflexión en la historia de la caída de la república (Stolleis, 2002:

¹ La primera traducción al español de la sentencia y de las intervenciones de Schmitt, Heller y Kelsen vinculadas al proceso judicial ha sido publicada en: VITA, 2015. Sobre el caso ver, entre otros: GRUND, 1976; HUBER, 1978: 1015 y ss.); MORSEY, 1961; BAY, 1965. Para un análisis en inglés ver: DYZENHAUS, 1997.

121; Möller, 2012: 259). Si bien la crisis y la inestabilidad política eran la regla desde hacía ya unos años, existe un antes y un después del 20 de julio de 1932. No se trató de un trance más en el derrotero de la crisis weimariana sino de uno que logró conmover y poner en cuestión los fundamentos mismos de esa democracia y de las teorías que habían buscado darle sustento (McElligott, 2004: 38).

Un segundo aspecto a destacar del caso es el de la relevancia que tuvo para el derecho público de la época. Ninguno de los juristas de mayor renombre se abstuvo de pronunciarse sobre los hechos. Esto se evidencia en publicaciones especializadas como el *Deutsche Juristen-Zeitung*, el *Archiv des Öffentlichen Rechts* o la revista *Justiz* (Heckel, 1933; Bilfinger, 1933; Giese, 1932; Schmitt, 1932; Bilfinger, 1932; Schwalb, 1932). Incluso algunos de ellos tuvieron la oportunidad única de expresar esas ideas más tarde ante el Tribunal Estatal, dándoles mayor visibilidad.

En efecto, ese es otro de los aspectos que hace especialmente interesante este litigio. Muchos de esos prestigiosos juristas, especialmente del ámbito del derecho público, fueron convocados para participar representando a las distintas partes en disputa ante el Tribunal Estatal. En este trabajo nos concentraremos en el rol jugado por tres de ellos: Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen. Los dos primeros actuaron como representantes de Prusia y del Reich, respectivamente. El tercero no intervino en el proceso, pero al poco tiempo de conocida la sentencia publicó un análisis pormenorizado de la misma.

Este caso, finalmente, ofrece una oportunidad única para analizar una de las discusiones más relevantes para la doctrina jurídica del siglo XX: aquella sobre la jurisdicción constitucional y la defensa de la constitución. Por primera vez, distintas teorías constitucionales eran puestas a prueba en uno de los episodios de mayor envergadura para la suerte de la república. El resultado de esa experiencia, sin embargo, no fue positivo. En efecto, se ha dicho que puso de manifiesto la «tragedia» (Bracher, 1964: 639) de la idea del control jurisdiccional en Alemania. Lo cierto es que más allá de los efectos de la sentencia, el litigio entre Prusia y el Reich, como veremos, permite ampliar nuestra mirada contemporánea sobre la del rol de la justicia constitucional.

1. La violencia en Prusia y el proceso ante el Tribunal Estatal

El Estado Federado de Prusia no era un actor más en el juego político de la República de Weimar. Gozaba de una clara posición de supremacía territorial y en él residía la mayor parte de la población del país. Asimismo, se destacaba por su poderío económico y político que creaba una situación de desequilibrio respecto del resto de los Estados Federados. Los socialdemócratas gobernaban en esa jurisdicción casi sin interrupción desde 1919, pero en las elecciones parlamentarias de abril de 1932 el partido había quedado en minoría permaneciendo como gobierno interino en funciones, ya que ni comunistas ni nacionalsocialistas se ponían de acuerdo para dar su confianza a una nueva coalición. Era el último bastión de la socialdemocracia en el poder y pendía de un hilo.

Esto ocurría en el marco de una extrema polarización y crisis política en todo el país. Recordemos que desde finales de 1929 el canciller Heinrich Brüning había inaugurado el *Präsidentialregierung* (gobierno presidencial), una etapa en la que el parlamento del Reich nunca más logró formar una mayoría y el presidente Paul von Hindenburg gobernó exclusivamente por decretos. La polarización electoral era ya una realidad: el partido nazi tenía cada vez más consenso en las urnas y el electorado retiraba su apoyo a la coalición de Weimar tradicionalmente compuesta por el Partido Socialdemócrata Alemán (en adelante SPD), el *Zentrum* católico y los liberales del Partido Democrático Alemán (DDP).

Paralelamente la violencia empezaba a copar las calles. Si bien no era patrimonio exclusivo de los grupos de derecha, los hechos del caso fueron desencadenados por los nazis y sus *Werbemärsche*, marchas de propaganda que realizaban por los lugares con mayor presencia electoral de las clases trabajadoras. El 17 de julio de 1932, conocido luego como el «domingo sangriento de Altona», 7.000 nazis intentaron marchar por esa ciudad cercana a Hamburgo, habitada mayormente por trabajadores obreros y portuarios con clara simpatía hacia el partido comunista. El resultado fueron dieciocho muertos y una centena de heridos. Se culpó a la izquierda por las matanzas y en los medios se fue agitando la imagen de una clase trabajadora insurgente y desobediente a la autoridad (Fulda, 2009).

Estos fueron los hechos que sirvieron para que tres días más tarde, un 20 de julio de 1932, el presidente Hindenburg firmara a instancias de su canciller Franz von Papen un decreto por el cual se declaraba la intervención de Prusia. Además se nombraba a este último como comisario del Reich destituyendo al gobierno socialdemócrata de Otto Braun y a su gabinete encabezado por Carl Severing. Finalmente, se habilitaba el nombramiento de nuevos representantes de Prusia en el parlamento alemán (*Reichstag*) y en la cámara de representantes de los Estados Federados (*Reichsrat*). Todos ellos designados por el Reich.

Este decreto fue fundamentado en el famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar. En el primer inciso le otorgaba al Presidente facultades extraordinarias en el caso de que un Estado Federado no cumpliera con sus deberes (*Reichsexekution*). En el segundo autorizaba a tomar medidas de excepción cuando existieran peligro o alteración del orden y la seguridad públicos en el Reich². La justificación del decreto no fue incluida en su texto sino formulada en un discurso radial que dio von Papen el mismo día y que luego se publicó en la prensa (Brecht, 1933): se acusaba a Prusia de incumplir con sus deberes debido a la falta de voluntad política para luchar contra el partido comunista y se sostenía que el orden y la seguridad habían sido alterados a raíz de los sucesos en Altona.

La reacción inicial de los socialdemócratas no fue la resistencia armada, pese a contar con un importante apoyo de las clases trabajadoras. Se ha discutido si la suerte de la República hubiera sido otra de contar con una respuesta más radical de parte de sus defensores. Lo cierto es que el partido, fiel a su tradición legalista, acudió al Tribunal Estatal del Reich para que declarara la inconstitucionalidad del decreto. Prusia presentó también una medida cautelar que tenía como objeto limitar o suspender las acciones del comisario designado. El 25 de julio el Tribunal Estatal la desestimó argumentando la necesidad de un

² El artículo 48 de la Constitución de Weimar sostenía en su párrafo primero que «si un Estado Federado no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Reich el Presidente podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada», en su párrafo segundo que «cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Reich, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153».

debate más amplio y la falta de peligro en la demora. El juicio se sustanció los días 10, 14 y 17 de octubre, y la sentencia sobre el fondo fue dictada el 25 de ese mismo mes.

La parte actora se componía por el gobierno de Prusia, los ministros suspendidos, las facciones del SPD y del *Zentrum* del parlamento local —todos ellos desplazados de sus cargos por el decreto— y los Estados Federados de Baviera y Baden. Estos últimos se sumaron a la demanda porque en sus territorios estaban ocurriendo sucesos de violencia como los de Prusia y temían ser el próximo objeto de una intervención. Prusia nombró para su representación a los profesores Arnold Brecht, Hermann Badt, Friedrich Giese, Gerhard Anschütz, Hans Peters y a Hermann Heller. Los Estados Federados de Baviera y Baden designaron a Hans Nawiasky, Heinrich von Jan, Theodor Maunz, Hermann Fecht y Ernst Walz. Por parte del Reich actuaron los funcionarios Georg Gottheiner y Werner Hoche y los profesores Carl Schmitt, Erwin Jacobi y Carl Bilfinger.

En líneas generales las peticiones de la parte actora se concentraban en tres:

- i) El cuestionamiento de que se hubieran dado las condiciones objetivas que permitieran la aplicación del artículo 48 en sus incisos 1 y 2, y por lo tanto, el reconocimiento de que la designación del comisario del Reich en Prusia y las acciones llevadas a cabo por el mismo, no eran compatibles con la constitución. Asimismo, Prusia solicitó que el Tribunal Estatal reconociera que la alegación de que no había cumplido con sus obligaciones no se encontraba justificada ni comprobada.
- ii) El reconocimiento de que las atribuciones del artículo 48 en sus incisos 1 y 2 sólo se habilitaban para el caso en que fueran compatibles con el carácter federal del Reich. Es decir, que la interferencia con las estructuras fundamentales del federalismo, incluyendo la representación en el *Reichstag*, eran del todo inconstitucionales, y
- iii) La acusación de que el Reich usaba el decreto del 20 de julio como un medio para impulsar las intrigas políticas de los nazis y desbancar al gobierno de la socialdemocracia en Prusia.

Por su parte, el Reich respondió estos diferentes planteamientos destacando que los requisitos enunciados por el artículo 48 en sus

incisos 1 y 2 se habían cumplido y fundamentó su defensa básicamente en tres argumentos:

- i) El de la legitimación activa: cuestionó el derecho de Baviera y Baden y de las facciones del SPD y el *Zentrum* para intervenir en el proceso. Desde la perspectiva del Reich no eran los implicados directos, y por lo tanto no tenían legitimación para intervenir en el proceso.
- ii) El argumento de la guerra civil: la intervención federal, de acuerdo al artículo 48.2, estaba justificada dada la «evidente» situación de guerra civil por la que atravesaba la región de Prusia.
- iii) El argumento de la complicidad: para el Reich, era más que claro que tanto el Presidente del Estado Federado de Prusia como el ministro del interior no habían actuado con imparcialidad frente a los disturbios y que se habían mostrado abiertamente en favor del partido comunista y en contra de los nacionalsocialistas.

2. El Tribunal Estatal de Leipzig y su sentencia del 25 de octubre

El *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, aquí traducido como Tribunal Estatal, fue creado por la Constitución de 1919. Por primera vez en la historia constitucional alemana se facultaba a un tribunal específico para dirimir los casos en los que se planteara algún tipo de conflicto entre el gobierno federal y algún Estado Federado o bien entre distintos Estados Federados. En su artículo 19, la constitución establecía que las cuestiones constitucionales dentro de cada Estado Federado, como cualquier otra cuestión que no fuera de derecho privado entre los diferentes Estados Federados o ente un Estado Federado y el Reich, serían decididas por el Tribunal Estatal. La sentencia sería ejecutada por el presidente del Reich.

La sede del Tribunal Estatal era la ciudad de Leipzig y estaba integrado por jueces no especializados provenientes del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) y los Tribunales Supremos Administrativos (*Oberverwaltungsgericht*). En 1932 estaba compuesto por el presidente del Tribunal Supremo Erwin Bumke; tres jueces de ese tribunal

—Triebel, Schmitz y Schwalb— y tres jueces del Tribunal Supremo Administrativo —Müller, Gumbel y Striegel—. Ninguno de estos nombres generaba expectativa respecto de un fallo emblemático para la república en términos de novedad o de compromiso democrático. Lo primero, porque eran jueces conocidos por aplicar métodos tradicionales (Gusy 2000), lo segundo porque la justicia de la época de Weimar no se caracterizaba por su convicción democrática (Fraenkel, 1968; Hannover y Hannover-Drück, 1987; Angermund, 1990 y Mcelligott, 2014).

El 25 de octubre el Tribunal Estatal dictó la sentencia definitiva. En ella resolvió básicamente sobre dos cuestiones: la constitucionalidad del decreto del 20 de julio y la sustitución de los representantes prusianos en el *Reichstag* y el *Reichsrat*. Respecto de la primera, decidió que el decreto era constitucional en tanto su fin era restablecer la seguridad y el orden público en la región del Estado Federado de Prusia. Respecto de la segunda, sostuvo que «no obstante, este Poder no se hacía extensivo para la privación de la representación del Estado Federado de Prusia por parte del Consejo de Ministros y sus miembros en el *Reichstag* y *Reichsrat*, frente al Reich, el *Landtag*, el Consejo Estatal, u otros Estados» (Vita, 2015: 117-118).

Para resolver de esta manera, el Tribunal dividió las peticiones de los actores en tres grandes grupos: i) aquellas referidas a la constitucionalidad del decreto del 20 de julio y su ejecución; ii) las que solicitaban un pronunciamiento sobre las medidas que no podían efectuarse a futuro en virtud de la aplicación del artículo 48 de la constitución, y iii) aquellas relacionadas con una decisión sobre el incumplimiento de deberes de Prusia ante el Reich. Los jueces rechazaron pronunciarse sobre los dos últimos puntos, porque entendieron que no estaban habilitados por el artículo 19 para resolver cuestiones abstractas y futuras, y porque interpretaron que las acusaciones contra Prusia eran infundadas y que formaban parte de sus «asuntos internos».

La sentencia se concentró, entonces, en el análisis de la constitucionalidad del decreto y las medidas que se tomaron en consecuencia. Luego de distinguir conceptualmente entre los requisitos del inciso 1 y 2 del artículo 48, los jueces concluyeron que se aplicaba el segundo, ya que se habían alterado gravemente o estaban en peligro la seguridad y el orden públicos en Prusia (Vita, 2015: 175). Asimismo, ante la pregunta acerca de la posible desviación o exceso del poder de la in-

tervención del Reich, entendieron que no se habían constatado ninguna de ellas. La desviación, porque no se había probado que el objetivo de la intervención hubiera sido político y no motivado en el estado de crisis y guerra civil en Prusia. El exceso, porque tampoco quedaba constatado que el comisario hubiera actuado más allá de la autorización del decreto (Vita, 2015: 175-176).

En síntesis, el Tribunal entendió que las medidas adoptadas por el Reich eran necesarias para el restablecimiento del orden y la seguridad en Prusia y, por lo tanto, no eran pasibles de escrutinio judicial sino patrimonio de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo. En este punto de su interpretación, como destacaría Kelsen, es donde el Tribunal pareciera ir aún más allá de lo solicitado por el Reich y daría rienda suelta a las prerrogativas de emergencia del presidente. El fin buscado —asegurar la paz y la seguridad interna— pareciera ser más importante que cualquier otro, y por ese motivo el comisario del Reich sólo le debía rendir cuentas al presidente y el Tribunal Estatal sólo podía examinar sus medidas en tanto se excedieran de lo autorizado por el mismo decreto.

En el único punto de la sentencia donde los jueces parecieran plantear un límite al actuar del Reich fue respecto de las destituciones de los cargos de los representantes de Prusia. Lo que el Tribunal concluyó es que si bien el Reich había afirmado a posteriori que las destituciones y la intervención eran sólo temporales, del texto del decreto se derivaría que se los despojaba permanentemente de sus cargos. Conforme a la constitución, las medidas «prohibidas» en una intervención federal serían aquellas que violasen el principio federal garantizado por ella. Como el *Reichsrat* era considerado la institución federal por excelencia, el Reich no podía desequilibrar el reparto de poder entre los Estados Federados allí o en ningún otro órgano donde se representaran sus intereses.

En resumidas cuentas, si bien la sentencia declaraba inconstitucional la sustitución de los representantes de Prusia, al mismo tiempo entendía que la intervención federal había sido constitucional. Incluso parecía ampliar las facultades del comisario al sostener que la intervención y sustitución del gobierno podía tener un carácter permanente, con tal de que se logran el restablecimiento del orden y la seguridad pública. Esta ambivalencia en la decisión del Tribunal Estatal se replicaría entre sus críticos. La percepción generalizada era que con una mano se le había dado la victoria a Prusia pero con la otra se le había

quitado. Algunos pocos confiaron en que la sentencia limitaría la discrecionalidad del ejecutivo (Brecht, 1944), algo que no sucedió. La mayoría la interpretó como un compromiso que evidenciaba la timidez del Tribunal Estatal a la hora de defender la constitución (Neumann, 1984).

3. Salvar a la república: la teoría constitucional de Hermann Heller

Como hemos adelantado, la parte actora estuvo representada, entre otros, por el jurista socialdemócrata Hermann Heller. En 1932 tenía 41 años y había llegado a lo que sería el mejor momento de su carrera. Era por entonces profesor en la Universidad de Fráncfort del Meno, un cargo que le había costado muchos años y esfuerzo conseguir, por su condición de jurista de izquierda y judío. El proceso ante el Tribunal de Leipzig lo empujó al primer plano: lo puso en el centro de la discusión publicista de Weimar y a la par de juristas que habían sido sus profesores o con quienes discutía en sus obras, como Carl Schmitt.

Sus intervenciones en el proceso se destacaron por dos rasgos: la intensidad e impronta política. Heller —un demócrata convencido— argumentaba con fuerte temperamento y pasión, generando incluso las burlas de otros abogados presentes y recurriendo todo el tiempo a metáforas, ironías y conclusiones sarcásticas (Brecht, 1933: 417 y 458). Frecuentemente interrumpía con ataques a la parte demandada y era llamado al orden por el presidente del Tribunal Estatal. Aprovechaba, además, toda oportunidad para criticar burlescamente las ideas de Carl Schmitt (Brecht, 1933: 292 y 470), quien era su verdadero oponente político y teórico.

El 10 de agosto de 1932 el joven jurista había publicado en el *Frankfurter Zeitung* un artículo titulado «Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?» (¿Ha procedido el Reich constitucionalmente?) (Heller, 1932) en el que sintetizaba muy bien los argumentos que defendería en octubre ante el Tribunal Estatal. Su principal punto era que si bien no se trataba de cuestionar que el presidente del Reich pudiera hacer uso de la herramienta que le brindaba el artículo 48, sí era discutible jurídicamente que se le diera una libertad ilimitada de acción. En efecto, sostendría que tal tipo de competencia era una *con-*

tradictio in adjecto (contradicción de términos) y que el Tribunal Estatal se encontraba totalmente habilitado por la constitución para evaluar el alcance y proporcionalidad de las medidas tomadas (Heller, 2015: 188).

En ese escrito Heller se concentró en la verificación de los requisitos previos para la aplicación del artículo 48. En el caso de las exigencias del inciso 1, argumentó que no estaba probado el supuesto incumplimiento de Prusia en sus deberes constitucionales. Sobre las medidas adoptadas por el Reich para hacerlos cumplir, sostuvo que las mismas habían sido «desmesuradas» (Heller, 2015: 190), ya que existían otras alternativas menos lesivas para Prusia. Entre ellas: la posibilidad de un reclamo formal o informal, una audiencia previa con Prusia o bien el procedimiento del artículo 15³. Dado, entonces, que las decisiones tomadas por el Reich socavaban innecesariamente la autoridad del gobierno de Prusia, Heller concluyó que se configuraba lo que, en palabras de Rudolf Smend, era un «abuso de las formas» (Heller, 2015: 191).

En relación al inciso 2 del artículo 48, Heller distinguiría dos requisitos para que pudiera proceder una intervención federal: que los disturbios fueran más graves en Prusia que en otros Estados Federados y que el gobierno prusiano se hubiera negado o no pudiera proteger el orden en su jurisdicción. Desde su perspectiva, los disturbios en Prusia eran tan graves como en cualquier otra parte del país y, por eso, la intervención del Reich estaba incumpliendo el principio de igualdad federal protegido por la constitución. En cuanto a las acciones de Prusia contra el desorden, consideraba que no se había probado una falta de acción y en todo caso, eran las medidas del Reich las que habían escalado aún más la violencia en la región.

Estas disposiciones tampoco cumplían con los tres límites que establecía la constitución: i) que fuesen necesarias, ii) que no alteraran el mínimo organizativo de la constitución y iii) que respetaran la enumeración taxativa y no ejemplificativa de los derechos fundamentales que podían suspenderse. Dado que ninguna de estas condiciones se cumplía, las acciones del Reich debían ser consideradas como un «exceso del poder discrecional» (Heller, 2015: 193). De la naturaleza del estado de excepción, además, se desprendía que estas medidas no podían ser

³ El artículo 15 establecía un sistema de vigilancia para el cumplimiento de ciertas leyes.

nunca permanentes, algo que confirmaba la sospecha de inconstitucionalidad del decreto.

En síntesis, la argumentación que desarrolló Heller en el *Frankfurter Zeitung* y que luego replicó ante el estrado se orientó a demostrar que el nombramiento de un comisario del Reich para Prusia sólo podría haber sido constitucional si los requisitos de hecho y de derecho del artículo 48.1 y 48.2 hubieran estado dados. Desde su punto de vista, el Reich nunca pudo probarlo. Por eso describiría el accionar del comisario como un «exceso del poder discrecional» (Heller, 2015:194). Conclusión a la que llegó aplicando algo muy parecido a lo que hoy llamamos examen de proporcionalidad⁴: las medidas adoptadas por el Reich no habían sido ni idóneas —aumentaron la violencia en vez de frenarla—, ni necesarias —existían otros medios alternativos—, y lesionaban excesivamente el principio federal contenido en la constitución.

Unos meses más tarde, durante el proceso, Heller retomaría esta argumentación agregando a este análisis jurídico el contexto político del caso. Fiel a su concepción sobre el derecho para nada ciega a las relaciones de poder (Dyzenhaus, 1999), buscó poner de relieve el carácter eminentemente político del accionar del presidente Hindenburg. Allí argumentó que el decreto había sido producto de un acuerdo entre von Papen y los nazis y no un acto en defensa de la república motivado en una situación de excepción (Brecht, 1933: 76-77). Incluso increpó a los integrantes del Tribunal Estatal pidiéndoles que tomaran conciencia del rol político que estaban cumpliendo en uno de los momentos clave para el futuro de la República de Weimar.

Esta postura no se contradecía con las ideas que Heller había emitido por entonces sobre el control jurisdiccional de la constitución. Como otros juristas socialdemócratas, descreía de los jueces ligados al viejo orden imperial y en su mayor parte, monárquicos y poco adeptos

⁴ Recordemos que el examen de proporcionalidad consta de tres partes: i) examen de idoneidad, ii) examen de medios alternativos y iii) examen de proporcionalidad en sentido estricto. El medio será idóneo cuando con su ayuda pueda fomentarse el fin deseado; será necesario cuando no pudo ser establecido otro medio igualmente adecuado para el logro del fin que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación del derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, es decir debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado. Para profundizar sobre el tema ver: ALEXY, 1993; Clérico, 2009.

a la República (Heller, 1985: 288). Su temor a que detuvieran el avance hacia la consagración del Estado social de derecho lo llevaba a no poner demasiadas esperanzas en el control jurisdiccional de las leyes. En efecto, ya se había discutido con Kelsen respecto de la necesidad de un Tribunal Constitucional para Weimar⁵. Pero Heller también era realista y un convencido defensor de la república, por eso provocó a los jueces de Leipzig a defender la democracia de Weimar. Ellos podían hacer valer el derecho sobre el poder y la ambición política de los nazis.

Otro aspecto a destacar de su argumentación es que para Heller, al contrario de Schmitt, el uso del artículo 48 era un recurso de *ultima ratio*. Este contrapunto pone en evidencia las distintas visiones sobre la democracia que tenían ambos juristas, ya que cuando Heller hablaba de «estado de excepción» o de «emergencia» no se refería a los conflictos típicos de toda democracia parlamentaria, incluso los que predominaban por esos años en Alemania, sino a situaciones que pusieran en jaque el sistema democrático mismo. En su visión, pluralismo y conflicto formaban parte de la vida democrática, y por eso no debían ser anulados (Vita, 2014). Para Schmitt, en cambio, la democracia era unidad, exclusión de lo diferente, supresión del conflicto (Schmitt, 2002:13), y por tanto la excepción era habilitada por casi cualquier tipo de disturbio.

Finalmente, las intervenciones de Heller en el proceso darían cuenta de su particular concepción del sistema jurídico: una que entiende que el derecho se compone tanto de reglas como de principios (Heller, 1992). Desde su punto de vista, la constitución de Weimar no podía reducirse a un mero papel. El principio de democracia social que los constituyentes habían incorporado en la segunda parte de la constitución tenía que ser tenido en cuenta a la hora de interpretar el artículo 48. Cuando Heller llamó a los jueces del Tribunal Estatal a salvar la democracia de quienes la amenazaban, no estaba haciendo otra cosa que pedirles que incluyeran esos principios en la interpretación de la constitución.

⁵ Heller había interpelado a Kelsen en la reunión de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público del 23 y 24 de abril de 1928 en la que Kelsen y Triepel discutieron sobre la naturaleza y el desarrollo de la jurisdicción constitucional. Ver: TRIEPEL *et al.*, 1929: 111 y ss. En líneas generales, Heller descreía de la justiciabilidad constitucional de los derechos individuales, y por eso imaginaba algún tipo de control administrativo.

4. El alegato de Carl Schmitt: el Presidente del Reich como guardián de la constitución

En julio de 1932 Carl Schmitt era uno de los juristas más reconocidos de la República de Weimar. Ya había publicado sus obras más célebres y se encontraba al frente de la cátedra de Teoría del Estado en la *Handelshochschule* de la Universidad de Berlín, algo que —por la cercanía con el centro de poder del Reich— le aseguraba la influencia política que siempre había ambicionado. En efecto, su paso de profesor a consultor del gobierno tuvo que ver con esta proximidad (Bendersky, 1983). Se enteró del golpe del 20 de julio a través de la prensa. Esto lo decepcionó un poco, probablemente porque esperaba haber sido consultado antes (Seiberth, 2001: 97). A pocos días de los sucesos fue el mismo von Papen quien informó al gabinete que había tomado la decisión de incluir a Schmitt en el equipo de juristas del Reich. Se sabe que fue Kurt von Schleicher quien había insistido en que lo llamaran, convirtiendo a Schmitt en el jurista de cabecera (*Kronjurist*) del gobierno (Schwab, 1970: 15) ¿Quién otro sino quien ya se había pronunciado públicamente a favor de la dictadura presidencial?

Para cuando estallaron los acontecimientos de julio de 1932 Schmitt se encontraba escribiendo su obra *Legalidad y Legitimidad*. La intervención en Prusia lo llevó a adelantar la publicación de algunas partes del libro en distintos periódicos (Schmitt, 1932a y 1932b). El texto completo, que finalmente apareció ese verano, logró el impacto que se proponía. No sólo en la academia sino en la práctica jurídica, ya que la obra fue citada numerosas veces durante el proceso ante el Tribunal Estatal. Su visibilidad no podía ser más alta. Por primera vez sus ideas eran discutidas ante el tribunal más importante de la República de Weimar.

Como representante del Reich, Schmitt llevó a cabo una sólida defensa, coherente con sus ideas acerca del poder de excepción. A diferencia de Heller, parecía guardar siempre la compostura, aunque dejaba deslizar elocuentes ataques a sus contrincantes. La argumentación temperamental del joven jurista socialdemócrata lo enfurecía. En su diario personal lo describiría como histérico y cambiante de humor. Por otro lado, no se hacía grandes esperanzas sobre el proceso e interpretó como una derrota profesional y personal la sentencia del 25 de octubre (Schmitt, 2010: 224-227). Después de todo, era la confirma-

ción de sus recelos sobre el rol de los tribunales como guardianes de la constitución (Müller, 2003: 36).

En el alegato final que dio ante el Tribunal Estatal el 17 de octubre, Schmitt destacó la naturaleza política del problema jurídico planteado. Inició su intervención refiriéndose a las «formalidades» que no eran tales. Desde su visión, las cuestiones jurídicas en juego que concernían a la legitimación activa de la parte demandante —pero también, en el fondo, todo el proceso— eran para él eminentemente políticas y no jurídicas. Así, recuperando la pregunta sobre el guardián de la constitución, arguyó que el Tribunal Estatal lo era sólo de una manera muy restringida, en lo que refería a la formalidad de los procesos jurídicos (Schmitt, 2015: 206).

Cabe recordar cuál es la concepción schmittiana acerca de la interpretación judicial y el rol de la justicia. Como el mismo Kelsen señalara en su debate sobre el guardián de la constitución, Schmitt asimilaba al juez a un «autómata» de la ley. Lo que la doctrina constitucional suele llamar «cuestiones políticas no justiciables»⁶ era para él una problemática propia de la procura del Poder Judicial por mantenerse dentro de sus atribuciones. Esto no debía considerarse como un signo de «mera precaución política» o como «mezquindad de subalterno», sino que demostraría que era impropio atribuir a los jueces ciertas funciones que rebasan el ámbito de una subsunción real (Schmitt, 1931: 66-67).

Una segunda estrategia a destacar de su discurso de clausura sería el recurso a los conceptos de *representación* y *autonomía*. Al primero recurrió para sostener que el «verdadero representante» de Prusia era el gobierno impuesto por el Reich y no el provisional que había sido depuesto. Recordemos que el gobierno removido por el decreto del 20 de julio tenía un carácter provisional, ya que en las últimas elecciones no había logrado un apoyo mayoritario en la legislatura. Esta «provisionalidad», junto con un supuesto cambio en el reglamento interno parlamentario, serían aprovechados por Schmitt para remarcar su falta de representación y poca legitimidad (Schmitt, 2015: 201).

Cabe destacar que el concepto de «representación» tiene una carga muy especial en la doctrina schmittiana. Esta noción aparece por primera vez en su *Catolicismo romano y forma política*, en donde resalta

⁶ La tesis de las «cuestiones políticas no justiciables» fue expuesta como doctrina tribunalicia por primera vez en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803).

el carácter representativo de la Iglesia Católica como un *complexio oppositorum* (Schmitt, 2000). Schmitt diferencia entre los dos sentidos que tiene la palabra en la lengua alemana: *Vertretung* y *Repräsentation*. En el primer caso, nos encontramos frente a la representación organizada mediante elecciones, lo que para Schmitt sería siempre una representación política inauténtica, de intereses. En cambio, el concepto de *Repräsentation* implica un elemento espiritual que se manifiesta por la «identificación» del pueblo con sus líderes, por medio de la aclamación. Esta última acepción es la que vincula con la «verdadera» democracia y con el modelo de representación encarnado por la Iglesia Católica. El primer sentido, el de *Vertretung*, sería el propio del parlamentarismo liberal.

Por su parte, el concepto de «autonomía» funcionaría en la estrategia schmittiana para destacar que no era el presidente quien la vulneraba con su decreto, sino que eran los propios partidos políticos los que representaban el mayor y más grave peligro para la autonomía de los Estados Federados y del sistema federal en la República. Ante la indignación y la protesta de Heller, Schmitt plantearía una tesis que ya venía sosteniendo desde hacía tiempo: los partidos políticos no se enfrentaban como opiniones contrapuestas sino como intereses de grupos (Schmitt, 2002: 9). Por lo tanto, era la política de partidos —y no las facultades de excepción del Presidente— la que terminaría llevando a la guerra civil, a la ruptura de la unidad interna (Schmitt, 1991: 41).

Lo que para Schmitt se estaba pasando por alto en el proceso era que el presidente podía ejercer las facultades que le daba el artículo 48 en interés de la autonomía del Estado Federado, a los fines de resguardarla (Schmitt, 2015: 204). De esta manera, presentaba su principal argumento ante el Tribunal: el Presidente del Reich era el único garante y protector del Reich. En efecto, ya desde sus primeras intervenciones citando su *Legalidad y Legitimidad*, convocó a delimitar quién debía decidir, es decir, quién debía determinar qué partido o facción era enemiga de la constitución o a quién se le debía negar la posibilidad de alternancia en el poder (Brecht, 1932: 39). Y la respuesta a esta cuestión fue que sólo lo podía hacer una fuerza neutral: el presidente del Reich.

Así como lo planteara en su contrapunto con Kelsen, Schmitt se refirió a la supuesta neutralidad del Presidente que se derivaba tanto de las atribuciones que le confería el artículo 48 como de la forma de su elección, lo que le daba independencia respecto de los partidos

políticos. Asimismo, sus facultades políticas frente al poder legislativo, como la posibilidad de disolver el Reichstag y promover plebiscitos, eran desde su visión facultades de «apelación al pueblo» (Schmitt, 1931: 194) que lo posicionaban como contrapeso al pluralismo de grupos sociales y económicos. Por todo esto Schmitt concluía que el Presidente era el elegido por la Constitución de Weimar como su protector.

Y en esa línea cerró su alegato final ante el Tribunal Estatal con la pregunta acerca de dónde estaban mejor protegidas la dignidad y el honor de Prusia «¿entre los ministros provisionales removidos de sus cargos el 20 de julio [...] o con el presidente del Reich von Hindenburg?» (Schmitt, 2015: 208). Su respuesta no podía ser otra: únicamente el Presidente podía ser el garante y protector de la Constitución de Weimar. Sólo él —y por su intermedio sus comisarios— representaba la decisión política del pueblo alemán y, como fuerza neutral, podía también garantizar la autonomía de Prusia como Estado Federado.

5. El comentario de Hans Kelsen a la sentencia del Tribunal Estatal

Por si faltara algo para sumarle trascendencia a este proceso, el entonces decano de la Facultad de Derecho de Colonia, Hans Kelsen, se pronunció sobre esta sentencia, que describió como un pronunciamiento «memorable para la historia de la República de Alemania». Lo publicó en la revista *Die Justiz* (Kelsen, 1932), el mismo medio que había elegido un año antes para divulgar su famoso escrito sobre el defensor de la constitución. Es significativo interpretar este comentario a la luz de esas ideas, pero también como una de las últimas oportunidades que tendría Kelsen para expresarse sobre la realidad alemana antes de su exilio obligado en 1933⁷.

La primera parte de su comentario se ocupa del decreto del 20 de julio a la luz de los dos principios constitucionales que éste ponía en jaque: el del Estado federal y el de democracia. Para Kelsen, el decre-

⁷ Recordemos que Kelsen, junto con Heller, fue uno de los primeros profesores a los que el gobierno de Hitler aplicó la Ley para la restauración del funcionariado (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*) del 7 de abril de 1933, por la cual se cesanteaba a funcionarios de origen judío, «no ario» o compromiso político opositor.

to terminaba concentrando en una sola mano los poderes estatales de Reich y de Prusia, de manera tal que ésta dejaba de ser un Land, un Estado Federado en el sentido la Constitución del Reich, para convertirse en una provincia, con cierta autonomía sólo en el ámbito del Poder Legislativo (Kelsen, 2015: 214-215). Pero además, ya que en virtud del decreto el gobierno no era elegido por el pueblo prusiano o su parlamento sino a instancias del Reich, también el principio democrático se encontraba sensiblemente reducido y, en el ámbito del ejecutivo, «totalmente eliminado» (*ibid.*: 215).

En este punto, destaca Kelsen, no importaba que el interventor hubiese sido nombrado por el presidente Hindenburg y que éste hubiera sido elegido por todos los ciudadanos y ciudadanas alemanes. El principio democrático se violaba desde el momento en que la autodeterminación de los Estados Federados se veía menoscabada por la intervención del Reich. La centralización de las funciones en sus manos era equivalente a la des-democratización en el ámbito de Prusia. Por eso no era relevante que el Presidente gozara de legitimidad directa —como defendía Schmitt—, porque era la autodeterminación de Prusia la que se encontraba en juego, no la del Reich. Recordemos que esta idea de autodeterminación era uno de los principales ejes de la concepción democrática kelseniana (Kelsen, 2005).

En lo que refiere a la sentencia propiamente dicha, Kelsen identificó tres problemas principales. El primero de ellos consistía en el uso que había hecho el Tribunal Estatal de su facultad para analizar las condiciones de hecho y de derecho para que procediera el artículo 48 de la constitución. Del texto de la sentencia se desprendía que los jueces revisaron las condiciones de hecho para la aplicación del inciso 1, porque dictaminaron que no hubo incumplimiento de deberes por parte de Prusia, pero al mismo tiempo se abstuvieron de analizar si para aplicar el inciso 2 existía o no una alteración grave del orden y seguridad públicos.

Para Kelsen esto había sido un grave error. En algunos casos, las cuestiones de hecho tenían una importancia mayor que las cuestiones jurídicas, y esto se daba especialmente en la aplicación del inciso 2. Lo importante era determinar si realmente se habían alterado el orden y la seguridad en Prusia. Además, no cabía duda de que el Tribunal Estatal se encontraba facultado para examinar si existía o no un determinado estado de cosas definido por la constitución. El artículo 19 lo habilitaba para decidir en este tipo de conflictos, revisando las condi-

ciones de hecho y de derecho «sin ninguna restricción» (Kelsen, 2015: 220).

Un segundo aspecto que critica Kelsen de la sentencia es su inconsistencia. El Tribunal Estatal había formulado al menos tres interpretaciones distintas: por momentos daba a entender que las medidas lícitas según el artículo 48 eran todas las requeridas para mantener el orden, poniendo a disposición del Reich «la totalidad de los medios de poder estatales» (Kelsen, 2015: 221). Por otros momentos, los jueces parecían atenuar esa interpretación al sostener que las facultades habilitadas eran sólo algunas y no la «totalidad» de los medios de poder y que, en todo caso, la política de Prusia debía equipararse «en lo posible» (*ibid.*: 223) con la del Reich. Finalmente, los jueces habilitaban de nuevo una interpretación amplia al entender que las competencias del comisario incluían todos los medios de poder «en el sentido de plenos poderes o facultades de poder que la Constitución no reservó para el Reich» (*ibid.*: 225).

A esta falta de claridad respecto de si el decreto era o no constitucional se le suma una tercera crítica dirigida a su estructura y posibilidad de ejecución. Como toda decisión judicial, la sentencia se dividía en «fundamentos» y en una parte resolutive o sentencia en sentido estricto. Kelsen evidenció que el Tribunal Estatal sólo hablaba de cierta «inconstitucionalidad» (y no para todo el decreto) en los fundamentos de la sentencia y no en la parte resolutive. Esto era un sinsentido, porque sólo podía ejecutarse el fallo y no los fundamentos. No importaba cuan elaborados fueran estos; si en la sentencia propiamente dicha no se declaraba inconstitucional el decreto, entonces había que interpretarlo, en su totalidad, como constitucional.

En la misma línea, el Tribunal Estatal había interpretado que la parte del decreto que se refería a la representación de Prusia en el *Reichsrat* era inconstitucional, mientras que el resto no lo era. Frente a esto Kelsen argumentó que no había manera de diferenciar entre «partes» del decreto del 20 de julio (Kelsen, 2015: 245). Como tampoco se podía, como intentaban los jueces, distinguir entre funciones susceptibles de ser extraídas a los ministros y otras que no. La ficción que intentaba crear el Tribunal Estatal de mantener un gobierno de Prusia pero sin sus funciones esenciales, no se sostenía en el derecho positivo. Y por supuesto, tampoco podía ejecutarse.

En síntesis, el balance de Kelsen sobre la sentencia es claramente negativo. Sin embargo, siendo coherente con sus ideas sobre la defen-

sa de la constitución, no responsabilizó al Tribunal Estatal por ello, sino que encontró la raíz de los problemas «en la deficiencia técnica de la Constitución de Weimar» (Kelsen, 2015: 248). Los constituyentes de 1919 habían creado un sistema federal equilibrado en cuanto a la distribución de competencias sin incorporar «garantías efectivas para conservar ese sistema» (*ibid.*: 248). Para Kelsen, en este diseño se evidenciaba «la aversión que la jurisprudencia alemana tuvo desde siempre hacia este tipo de control jurídico de la esfera “política”, que ella considera extrajurídica» (*ibid.*: 249).

Desde la perspectiva kelseniana, la Constitución de Weimar había omitido instaurar una jurisdicción constitucional «perfeccionada metódicamente», ya que las disposiciones sobre el Tribunal Estatal no eran más que «improvisaciones» (Kelsen, 2015: 249). Seguramente no había estado en la cabeza de los convencionales dejar tan abierta la puerta a la posibilidad de que el país pasara de federal a unitario por acción del artículo 48. Pero tampoco habían previsto garantías orientadas a evitarlo. Por eso, si bien consideraba valorable el intento de los jueces por «limitar» la acción del Presidente por vía de la interpretación, pensaba que no era más que un intento fallido. Este límite sólo podía ganarse por vía constitucional y no interpretativa.

Esta mala técnica legislativa, finalmente, también se expresaba para Kelsen en las previsiones constitucionales sobre la ejecución de la sentencia. El artículo 19 que regulaba las atribuciones del Tribunal Estatal concluía con la disposición de que en la ejecución intervenía el presidente del Reich. ¿Cómo, entonces, exigirle al presidente que ejecutara un fallo en su contra? Incluso aunque la sentencia del Tribunal Estatal hubiese declarado la inconstitucionalidad del decreto del 20 de julio, la ejecución de la misma hubiera estado comprometida por los intereses del Reich. Y en esto el Tribunal no tenía responsabilidad, sino nuevamente, la constitución.

Por todo esto, Kelsen concluye que la sentencia del Tribunal Estatal no dejaba «ningún margen para el optimismo» (Kelsen, 2015: 251) y que los jueces solo habían incrementado «la confusión de la situación legal con su afán, humanamente comprensible, de un término medio entre la interpretación extensiva del decreto del 20 de julio y la restrictiva del gobierno estatal prusiano» (*ibid.*: 251). Asimismo, su balance para la suerte de la República tampoco era alentador ya que, según ve, a pesar del justo medio buscado en la sentencia, «la Constitución de Weimar no fue salvada» (*ibid.*: 251).

Así, el comentario de Kelsen replica en parte los argumentos esgrimidos en su debate con Schmitt acerca del guardián de la constitución. Ante un ataque a los principios constitucionales la única respuesta jurídica posible era un Tribunal Constitucional con las garantías suficientes. Como ese tribunal no había sido previsto por el derecho vigente, entonces no quedaba mucho que pedirle a la sentencia del 25 de octubre. La supuesta buena voluntad o compromiso democrático de los jueces no hubieran bastado para salvar a la República de Weimar. Se trataba de un problema técnico legislativo y ya era muy tarde para repararlo.

6. Consideraciones finales

El conflicto entre Prusia y el Reich nos permite ver en acción distintas posturas y teorías acerca de la defensa de la constitución en el marco de uno de los momentos clave para la suerte de la República de Weimar. Así, la interrelación entre la academia y la política es uno de los aspectos más interesantes de este caso. Existía una estrecha relación entre ambos tipos de aspiraciones en la época (Bracher, 1964: 637; Stolleis, 2002: 121) que se revela con claridad en la participación de tantos juristas de renombre como asesores de ambas partes y en las publicaciones que se hicieron sobre el litigio.

Las tres teorías en juego que se despliegan ante el conflicto y que presentamos, permiten pensar el problema desde distintas aristas. Hemos visto que las posiciones de Schmitt y Kelsen replican, de alguna manera, el debate que habían iniciado a fines del veinte sobre el guardián de la Constitución. Mientras que para Schmitt el protector de la autonomía y el orden público en Prusia era el Presidente del Reich, para Kelsen, el ejecutivo no contaba con la independencia necesaria para asumir esa función. Sólo un Tribunal Constitucional, con las garantías suficientes, podía hacerlo. El problema era que la Constitución de Weimar no lo había previsto. El Tribunal Estatal no podía, entonces, salvar a la constitución.

En efecto, la sentencia del Tribunal Estatal pareciera confirmar la teoría constitucional de Schmitt, ya que convalidó que los límites impuestos por la constitución al poder no eran tales (Dyzenhaus, 1997: 126-127). En su decisión predominaba la idea de que el Presidente del Reich debía tener un margen de acción amplio para garantizar la segu-

ridad y el orden en la región de Prusia. Sin importar cuáles fueran las prevenciones constitucionales sobre el principio federal, tan cuestionado en la época (Stolleis, 2002:101), los jueces intentaron un compromiso que terminó licuando todo límite jurídico.

El caso, además, pone de manifiesto la existencia de ciertas limitaciones de la justicia constitucional: ¿podría una decisión distinta haber cambiado la suerte de la república? Posiblemente no. Así, pareciera confirmarse una de las críticas de Schmitt a los tribunales constitucionales: el que se pronuncien después de los hechos, lo que en algunas ocasiones podía ser demasiado tarde (De Miguel Bárcena y Tajadura Tejada, 2018: 269). Seguramente en octubre ya no quedaba mucho por defender de la democracia weimariana. Sin embargo, ¿eso significa que no valía la pena defenderla?

La postura de Heller ante el Tribunal Estatal nos sugiere que no. La argumentación del joven jurista socialdemócrata ofrece una serie de estándares y pautas de interpretación que anticipan una metodología para el control jurisdiccional de los actos de la administración. Heller reconoce la existencia de los poderes de excepción del presidente y es consciente del trasfondo político del caso. Sin embargo, a diferencia de Schmitt, entiende que la política encuentra en el derecho ciertos límites y propone un método para detectar el «abuso en las formas» o la «desproporcionalidad» de la acción del Reich sobre Prusia.

Su respuesta al problema planteado ofrece un plan de acción jurídico con los instrumentos existentes. No le pide a los jueces que hagan algo imposible de acuerdo a la Constitución de 1919, sino que los invita a defender sus principios por vía interpretativa. Recordemos que para Heller el orden legal no está desconectado de la política, no es una fórmula vacía, sino que su contenido está dado por principios construidos socialmente (Dyzenhaus^{1999:132}). En ese sentido, su solución a la pregunta sobre la defensa de la constitución tal vez no era la más efectiva, pero sí la más realista. El Tribunal Estatal había tenido la oportunidad de ponerle un límite jurídico a la acción del Reich. La verdad era que no había querido hacerlo.

Bibliografía

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

- ANGERMUND, R. *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fischer, Fráncfort del Meno, 1990.
- BAY, J., *Der Preussenkonflikt 1932/33. Ein Kapitel aus der Verfassungsgechichte der Weimarer Republik*, Univ. Dissertation, Erlangen-Nürnberg, 1965.
- BENDERSKY, J., *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton University Press, Princeton, 1983.
- BILFINGER, C., «Exekution, Diktatur und Föderalismus», *Deutsche Juristen Zeitung*, 37, 1932, pp. 1019-1020.
- , «Reichsexekution», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 2, 1933, pp. 146-150.
- BRACHER, K. D., *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Ring Verlag, Schwarzwald, 1964.
- BRECHT, A., *Prelude to silence. The end of the German republic*, Oxford University Press, New York, 1944.
- , *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammberricht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Dietz Nachfolger, Berlín, 1933.
- CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Salamanca, 2018.
- DYZENHAUS, D., «Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?», *The American Political Science Review*, Vol. 91, N.º 1, 1997, pp. 121-134.
- DYZENHAUS, D., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- FRAENKEL, E., *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968.
- FULDA, B., *Press and politics in the Weimar Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- GIESE, F., «Zur Verfassungsmäßigkeit vom Reich gegen und in Preußen geschaffenen Maßnahmen», *Deutsche Juristen Zeitung*, 37, 1932.
- GRUND, H., «Preußenschlag» und Staatsgerichtshof im Jahre 1932, Nomos, Baden-Baden, 1976.
- GUSY, C., «Las constituciones de entreguerras en Europa central», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n.º 2, 2000.
- HANNOVER, H. y HANNOVER-DRÜCK, E., *Politische Justiz 1918-1933*, Lamuv Verlag, Bornheim-Merten, 1987.
- HECKEL, J., «Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 23, 1933.

- HELLER, H., «¿Estado de Derecho o Dictadura?», en HELLER, H., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985.
- , «¿Ha procedido el Reich constitucionalmente?», en L. VITA (ed.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- , *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- , «Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?», *Frankfurter Zeitung*, 77, n.º 591-592, n.º 10, agosto, 1932, Abendblatt-Erstes Morgenblatt.
- HENKEL, M., *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- HUBER, E., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Tomo VII, Kohlhammer, Stuttgart, 1978.
- KELSEN, H., «Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932», en *Die Justiz*, November/Dezember, VIII Band, Heft 2/3, pp. 65-91, 1932.
- , *Esencia y valor de la democracia*, Colofón, México, 2005.
- , «La sentencia del Tribunal Estatal del 25 de octubre de 1932», en L. VITA (ed.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- KIRK, T. y McELLAGOTT, A. (ed.), *Opposing Fascism. Community, Authority and Resistance in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- McELLAGOTT, A., «Dangerous communities and conservative authority: the judiciary, Nazis and rough people, 1932-1933», en T. KIRK y McELLAGOTT, A. (eds.), *Opposing Fascism. Community, Authority and Resistance in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- , *Rethinking the Weimar Republic. Authority and authoritarianism 1916-1936*, Bloomsbury, Londres, 2014.
- MÖLLER, H., *La República de Weimar. Una democracia inacabada*, Machado Libros, Madrid, 2012.
- MORSEY, R., «Zur Geschichte des "Preußenschlags" am 20. Juli 1932», *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 9, 1961.
- MÜLLER, J., *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, Yale University Press, New Haven y Londres, 2003.
- NEUMANN, F., *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944*, Fischer, Fránfort del Meno, 1984.
- SCHMITT, C., *Catolicismo y forma política*, Tecnos, Madrid, 2000.
- , «Der Missbrauch der Legalität», *Tägliche Rundschau*, 19, 1932a.
- , «Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preußen», en *Deutsche Juristen Zeitung*, 37, 1932b.
- , «Discurso de clausura ante el Tribunal Estatal de Leipzig», en L. VITA (ed.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfren-*

- tó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- , *La defensa de la Constitución*, Labor, Barcelona, 1931.
- , «Legalität und gleicher Chance politischer Machtgewinnung», *Deutsches Volkstum*, 2, Julio, 1932c.
- , *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991.
- , *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 2002.
- , *Tagebücher 1930-1934*, Akademie Verlag, Berlín, 2010.
- SCHWAB, G., *The Challenge of the exception. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Duncker & Humblot, Berlín, 1970.
- SCHWALB, M., «Die Einwendungen gegen das Staatsgerichtshofs-Urteil vom 25 Oktober 1932 in der Preußensache», *Justiz*, 8, 1932, pp. 217-239.
- SEIBERTH, G. *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich« vor dem Staatsgerichtshof*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001.
- STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, C. H. Beck, Múnich, 2002.
- TRIEPEL, H., KELSEN, H., LAYER, M. y VON HIPPEL, E., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit- Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Cuaderno 5, Walter de Gruyter & Co., Berlín-Leipzig, 1929.
- VITA, L., *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- (ed.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.