

¿QUIÉN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN? UNA RELECTURA DEL DEBATE ENTRE KELSEN Y SCHMITT A LA LUZ DEL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932*

LETICIA VITA**

Resumen: Este artículo busca revisar el clásico debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en torno a la defensa de la Constitución a la luz del caso conocido como “Prusia contra Reich” resuelto en 1932 por el Tribunal Estatal de Leipzig. Este proceso, que involucró como defensor del Reich a Schmitt, como representante de Prusia a Hermann Heller y contó con un comentario de Kelsen a la sentencia; permite poner a prueba las ideas sobre quién debe ser el defensor de la Constitución en un caso crucial para la suerte de la República de Weimar. Asimismo, nos permite sumar una tercera voz al debate, la del jurista socialdemócrata Hermann Heller.

Palabras clave: defensa de la constitución – garantías constitucionales – weimar – hans kelsen – carl schmitt – hermann heller

Abstract: This article seeks to rethink the classic debate between Carl Schmitt and Hans Kelsen on the defense of the Constitution in the light of the court case known as “Prussia against Reich”, heard before the High Court in Leipzig, Germany, in 1932. This case, which involved Schmitt as defense lawyer of the Reich; Hermann Heller who represented the Social Democrats in Prussia; and

* Recepción del original 09/10/2017. Aceptación: 29/10/2017.

** Profesora Adjunta regular con dedicación exclusiva de Teoría del Estado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET. Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Este artículo se basa en una investigación llevada a cabo gracias a una beca postdoctoral del Ministerio de Educación de Argentina y el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo en Frankfurt am Main, Alemania. Correo electrónico: ljvita@derecho.uba.ar.

which ruling was commented by Kelsen; allows as to test the ideas on who should be the defender of the Constitution in a crucial case for Weimar Republic’s fate, and enables us to add a third voice to the debate: Heller’s one.

Keywords: defense of the constitution – constitutional guarantees – weimar – hans kelsen – carl schmitt – hermann heller

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta por quién debe ser el guardián de la Constitución y cuáles son los mecanismos para proveer a su defensa es una cuestión clásica de la teoría constitucional, como así también lo es la disputa teórica que sostuvieran sobre esa materia Hans Kelsen y Carl Schmitt en los años treinta. Sin embargo, mucho menos conocido y frecuentado por la academia jurídica –especialmente la hispanohablante–¹ es el caso conocido como “Prusia contra Reich”, en el cual se debatieron ante el *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* [Tribunal Estatal del Reich] casi los mismos argumentos que dirimieran Kelsen y Schmitt pocos años antes y con la participación directa e indirecta de ambos.

La querrela entre ambos juristas, seguramente una de las más conocidas y trabajadas de toda la teoría jurídica de Weimar,² se concentró entre

1. La primera traducción al español de la sentencia del caso y de las intervenciones de Schmitt, Heller y Kelsen ha sido publicada en VITA, L. (edit.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. Sobre la trascendencia del proceso para la teoría política y jurídica moderna se ha ocupado parte de la academia anglosajona, en especial, David Dyzenhaus, quien realiza un análisis de la sentencia y de las posiciones de Schmitt, Heller y Kelsen en DYZENHAUS, D., “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, en *The American Political Science Review*, Vol. 91, n° 1, 1997, pp. 121-134 y en DYZENHAUS, D., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999. También se ocupa de las teorías constitucionales en disputa en Weimar y del caso Prusia contra Reich Peter Caldwell en CALDWELL, P., *Popular Sovereignty and the crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham y Londres, Duke University Press, 1997.

2. Muchos son los trabajos que recogen el debate entre Kelsen y Schmitt sobre el guardián de la Constitución. Uno de los más recientes es el de VINX, L., *The Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge,

los años 1928 y 1931, la última y más crítica etapa de la República. Se desencadenó específicamente en 1928 a partir de una publicación que hizo Kelsen en Francia bajo el título *La garantie juridictionnelle de la Constitution* [La garantía jurisdiccional de la Constitución]³ en la revista *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Carl Schmitt le respondería en 1929 con algunos artículos⁴ que terminaría reformulando en forma de libro en 1931 con el título: *Der Hüter der Verfassung* [El guardián de la Constitución]⁵ publicado por la editorial Mohr de Tübingen. Finalmente, la réplica de Kelsen no tardaría en aparecer, ese mismo año, bajo el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* [¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?] en forma de un artículo publicado en la revista *Die Justiz*, de Berlín.

El caso “Prusia contra Reich”, por su parte, se desencadenó en 1932 a raíz del así llamado *Preußenschlag* [golpe de estado de Prusia] del 20 de julio de ese año. Este golpe consistió en la intervención federal —con destitución de las autoridades locales— y declaración del estado de sitio en

Cambridge University Press, 2015. Cabe destacar en español los de HERRERA, C. M., “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n° 86, Madrid, 1994, pp. 195-227 y el de PAULSON, S., “Subsunción, política jurídica y el reproche de ‘formalismo’. La discusión acerca del ‘guardián de la Constitución’”, en CARDINAUX, N., CLÉRICO, L. y D’AURIA, A. (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2006, pp. 51-68.

3. KELSEN, H., “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, t. 45, año XXXV, Paris, 1928, pp. 197-257. Sobre las distintas traducciones y versiones de esta publicación ver la introducción de Domingo García Belaunde en KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 3-46.

4. Nos referimos a “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, publicado en SCHREIBER, O. (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, Vol. 1, Öffentliches Rechts, Berlin y Leipzig, De Gruyter, 1929, pp. 154-178, luego incluido también en SCHMITT, C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 73 y ss. y a “Der Hüter der Verfassung”, que sería publicado en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55 (XVI), 1929, pp. 161-237.

5. Esta obra ha sido traducida al español con el título *La defensa de la Constitución* por Manuel Sánchez Sarto para la Editorial Labor en 1931. Con esta traducción, se pierde la connotación personalista de la palabra alemana “Hüter” que significa “guardián”.

la región de Prusia, como consecuencia de una serie de disturbios entre el partido nazi y el comunista. A raíz de estos hechos el Estado federado de Prusia demandó al Reich frente al Tribunal Estatal del Reich requiriendo se declarara la inconstitucionalidad de la medida tomada.

Este caso tuvo una importancia crucial en la suerte de la República. Existe cierto consenso en la literatura especializada en identificar en él un punto de no retorno en la destrucción de la democracia en Weimar.⁶ Asimismo, es posible apreciar la relevancia jurídico-institucional que tuvieron los hechos y luego el proceso en las publicaciones de la época, especialmente en las revistas jurídicas más prestigiosas. El *Deutsche Juristen-Zeitung*, *Die Justiz* y el *Archiv des Öffentlichen Rechts* publicaron artículos sobre el tema diariamente.⁷ Pero su importancia se puede apreciar especialmente en la calidad de la argumentación de quienes estuvieron involucrados de manera directa o indirecta en él. Frente al estrado se enfrentó Carl Schmitt, quien era defensor del Reich, con Hermann Heller, que actuó como representante de la facción del partido socialdemócrata en Prusia. Además de otros prestigiosos juristas de la época que acompañaron al equipo de ambas partes, el caso contó con la opinión de Hans Kelsen, quien publicó un comentario sobre la sentencia al poco tiempo de que se diera a conocer.

En este artículo nos proponemos revisitar el clásico debate sobre el guardián de la Constitución a la luz del caso “Prusia contra Reich”. Entendemos que esta relectura nos permite dos cosas: analizar las ideas sobre la defensa de la Constitución a partir de un caso crucial para la suerte de la democracia alemana, e incorporar al clásico debate una tercera perspectiva: la de Hermann Heller. Su postura ante el Tribunal Estatal nos permite sumar a la dicotómica discusión entre Kelsen y Schmitt una mirada distinta sobre quién o quiénes serían los encargados de defender a una Constitución de sus enemigos. Así, a la opción schmittiana por el presidente y a la

6. Por ejemplo, STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Munich, C.H. Beck Verlag, 2002; KIRKAND, T. y McELIGOTT, A. (edit.), *Opposing Fascism. Community, Authority and Resistance in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 38.

7. Entre otros, HECKEL, J., “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Bd. 23, 1933, pp. 183 y ss.; BILFINGER, C., “Reichsexekution”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 2, 1933, pp. 146-150.

kelseniana por el Tribunal Constitucional, Heller sumará una mirada pragmática e innovadora para su época, recurriendo a una argumentación que –por momentos– evoca la del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional.

Para llevar a cabo este objetivo presentaremos, en primer lugar, el caso “Prusia contra Reich” a partir de un breve resumen de los hechos, los argumentos de la demanda y de la contestación y un resumen de la sentencia del Tribunal Estatal. En segundo lugar, discutiremos las ideas de Heller, Schmitt, y Kelsen sobre los hechos y el proceso, teniendo en cuenta no solo las ideas expresadas en el marco del proceso de 1932, sino considerando también la vinculación de esos argumentos con su obra completa. Esto nos permitirá esgrimir algunas conclusiones sobre la relectura del debate sobre la defensa de la Constitución, a la luz del caso de estudio.

II. EL CASO PRUSIA CONTRA REICH ANTE EL TRIBUNAL ESTATAL DE LEIPZIG (1932)

II.A. Los hechos

Para comprender los hechos que desencadenaron el caso es preciso recordar que desde 1929 la situación de la joven República de Weimar era cada vez más crítica. Hacia finales de ese año el canciller Heinrich Brüning inauguraría lo que fue conocido como el *Präsidentialregierung* [gobierno presidencial]: la etapa durante la cual el parlamento nunca más logró formar una mayoría y el Presidente gobernó exclusivamente por medio de decretos.⁸ La polarización electoral era también una realidad, el partido nazi tenía cada vez más apoyo en las urnas y el electorado retiraba su apoyo a la moderada coalición de Weimar tradicionalmente compuesta por el partido socialdemócrata alemán (en adelante SPD), el *Zentrum* católico y los libe-

8. Recordemos que la de Weimar era una República semiparlamentaria. Esta contaba con un jefe de Estado –presidente– elegido directamente por la población y con un jefe de Gobierno –canciller– elegido por el parlamento. En virtud de las importantes atribuciones que le otorgaba la Constitución, el presidente estaba facultado a disolver el *Reichstag* o Parlamento, y cuando este no lograba acuerdo para nombrar a un canciller, podía hacerlo el presidente.

rales del Partido Democrático Alemán (DDP),⁹ para otorgarle su voto a los extremos del espectro político.

Por su parte, el estado federado de Prusia disfrutaba de una clara posición de supremacía en el seno del Reich: su extensión abarcaba aproximadamente la mitad del territorio alemán y en él residía la mayoría de la población del país. Su riqueza económica y su posición política, además, creaban una situación de desequilibrio en relación con el resto de los estados federados, que se replicaba en lo político. Desde 1919 los socialdemócratas gobernaban casi sin interrupción en este estado. Sin embargo, en las elecciones al Parlamento prusiano de abril de 1932, quedaron en minoría y se vieron obligados permanecer como gobierno interino en funciones, ya que ni comunistas ni nacionalsocialistas se ponían de acuerdo para dar su confianza a un nuevo gobierno. La socialdemocracia estaba a punto de perder su último bastión.

Mientras tanto, la violencia empezaba a copar las calles. Los días previos a los hechos que motivaron el proceso se caracterizaron por una escalada de violencia que tuvo como punto máximo lo que se conoció como el *Altonaer Blutsonntag* [domingo sangriento de Altona]. Altona era una ciudad en el conurbano cercano a Hamburgo, habitada mayormente por trabajadores obreros y portuarios con clara simpatía electoral hacia el partido comunista alemán. Si bien la violencia no era patrimonio exclusivo de los grupos de derecha, los episodios del caso fueron desencadenados por el partido nazi y sus llamadas *Werbemärsche* [marchas de propaganda], que realizaban por los pueblos y ciudades con mayor presencia electoral de las clases trabajadoras.

En efecto, el día 17 de julio de 1932 siete mil nazis intentaron marchar a través de una de las zonas de mayor concentración comunista. El resultado de esa provocación fueron dieciocho muertos y una centena de heridos. Se culpó a los comunistas por las matanzas. En los medios y los sectores conservadores se fue agitando la imagen de una clase trabajadora insurgen-

9. En las elecciones del 14 de septiembre de 1930 los nazis obtuvieron un 18,3% de los votos frente al 2,6% que habían logrado en 1928. Al mismo tiempo, los comunistas llegaban a un 13,1%, habiendo crecido de un 2,1% en 1920 a un 10,6% en 1928. Esta tendencia electoral se vio reforzada en las elecciones presidenciales de marzo de 1932. Ver KLEIN, C., *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*, Barcelona, Península, 1970 y ЕУСК, Е., *A History of the Weimar Republic*, Nueva York, Atheneum, 1970, pp. 350 y ss.

te y desobediente a la autoridad.¹⁰ Se hablaba incluso de una “guerra civil”. Mientras tanto los nazis, que habían sido la causa original del problema, se presentaban como víctimas de los disturbios de la clase trabajadora y la violencia comunista.¹¹ Estos fueron los hechos que sirvieron para que tres días más tarde, un 20 de julio de 1932, el presidente Paul von Hindenburg firmara, a instancias de su canciller Franz von Papen,¹² un decreto por el cual se declaraba la intervención de Prusia y se nombraba a este último como comisario del Reich, destituyendo al gobierno socialdemócrata de Otto Braun y a su gabinete encabezado por Carl Severing. Asimismo, el decreto habilitaba al 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 sus párrafos primero y segundo.¹³ La justificación no fue incluida en el texto del decreto sino que fue formulada en un discurso radial que dio Papen el mismo día y luego se publicó en la prensa.¹⁴ Tanto en la fundamentación radial como en la luego publicada, pero

10. En todo este período de violencia en la República de Weimar la prensa partisana jugó un rol clave. Sobre el tema ver FULDA, B., *Press and politics in the Weimar Republic*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

11. KIRKAND, T. y McELLIGOTT, A., ob. cit., p. 38.

12. El Presidente asumió su cargo con 84 años. Su edad y deteriorada salud contribuyeron a que se dejara influenciar fuertemente por su entorno. Precisamente fue ese entorno el que lo motivó a elegir a von Papen como su canciller y más adelante haría lo mismo con Hitler. Franz von Papen era miembro del partido católico *Zentrum* pero su experiencia política se reducía al *Landtag* prusiano. Lejos de ser un típico funcionario de la República, era un aristócrata adinerado, antiguo integrante de la caballería que creía que el gobierno debía volver a manos de los caballeros, la nobleza y los grandes terratenientes. Su gabinete, por lo tanto, no incluía ni un solo miembro de la clase media. Su nombramiento se debió mayormente a la recomendación que de él hiciera un antiguo camarada: Kurt von Schleicher. Ver HENIG, R., *The Weimar Republic 1919-1933*, Nueva York, Routledge, 2002.

13. 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 de este 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”.

14. Ambas publicadas en BRECHT, A., *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*.

especialmente en la primera, se acusaba a Prusia de falta de voluntad política para luchar contra el partido comunista, agrupación que atacaba “persistentemente” los “fundamentos del Estado, la Iglesia y la familia”.

Finalmente, cabe destacar que la reacción inicial de los socialdemócratas prusianos 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.¹⁵ Lo cierto es que el partido, fiel a su tradición socialista reformista, optó por la legalidad y acudió al Tribunal Estatal en Leipzig para que definiera la constitucionalidad del decreto.¹⁶ Las audiencias ante el Tribunal se dieron en el mes de octubre y el 25 de ese mismo mes se dictó la sentencia definitiva.¹⁷ A casi tres meses de esa sentencia Hitler era nombrado canciller de la República.

II.B. La demanda de Prusia y la contestación del Reich

Si bien Prusia fue la principal afectada por el decreto del Reich, en el caso se acumularon distintas demandas vinculadas en su objeto: a) la de los representantes del Parlamento local pertenecientes al Partido Socialdemócrata Alemán y el *Zentrum*; b) la del jefe de Gobierno de Prusia, Otto Braun, junto con los ministros depuestos por el decreto y c) las demandas de los estados federados de Baviera y Baden, que se sumaron a la presentación de judicial de Prusia por estar en situación similar respecto de un gobierno interino sin poder formar gobierno y en medio de una crisis de

Stenogrammerbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932, Berlín, Dietz Nachfolger, 1933, pp. 482-484.

15. Eberhard Kolb sostiene que aquellos más directamente involucrados como Otto Braun, Carl Severing o Albert Carl Grzesinski sostenían que la resistencia armada no hubiera tenido mayores resultados y que hubiera sido sumamente irresponsable. Karl Dietrich Bracher y Erich Eyck, en cambio, que esto fue un grave error.

16. Sobre la importancia de la legalidad en el pensamiento socialdemócrata de Weimar ver HERRERA, C. M., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

17. Algunas obras de referencia sobre el caso son: GRUND, H., *‘Preußenschlag’ und Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden, Nomos, 1976; HUBER, E. R.; *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 7, Stuttgart, Kohlhammer, 1978, pp. 1015 y ss. y BAY, J., *Der Preussenkonflikt 1932/33. Ein Kapitel aus der Verfassungsgeschichte der Weimarer Republik*, Erlangen-Nürnberg, Univ. Dissertation, 1965.

violencia política. Todos ellos demandaban al Reich por el decreto del 20 de julio.

El grupo de juristas que representó a ambas partes no podría haber sido de mayor renombre: la mayoría de ellos ya habían publicado sus opiniones sobre la constitucionalidad de la intervención en Prusia en la prensa especializada.¹⁸ La elección de semejantes figuras nos habla no solo de la importancia del ámbito del derecho público en la época de Weimar, sino también de la trascendencia institucional que tuvo este proceso ante el Tribunal Estatal.¹⁹ En efecto, ninguna de las voces relevantes del derecho público alemán dejó de pronunciarse sobre el tema: ni antes, ni durante, ni después del proceso. La diversidad de opiniones demuestra, además, que no existía un consenso claro respecto de cómo debía actuar el Tribunal Estatal en defensa de la Constitución de Weimar.

18. Por ejemplo GIESE, F., “Zur Verfassungsmäßigkeit vom Reich gegen und in Preußen geschaffenen Maßnahmen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1021 y ss.; GIESE, F., “Beamtenrechtliche Auswirkungen einer Reichsexekution”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 701 y ss.; SCHMITT, C., “Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preußen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 953 y ss.; BILFINDER, C., “Exekution, Diktatur und Föderalismus”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1017 y ss.; y HELLER, H., “Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?”, en *Frankfurter Zeitung*, n° 77, Jg. Nr. 591-592, n°10, 1932, Abendblatt-Erstes Morgenblatt, pp. 1-2.

19. La trascendencia de estos hechos para la vida de la República se puede apreciar en los muchos análisis que se publicaron tras la sentencia y que convocaron a juristas como Ernst Rudolf Huber o Walter Jellinek y al mismo Kelsen, por supuesto, como también a algunos de los protagonistas del proceso, como el mismo Hans Nawiasky o uno de los jueces que intervinieron, Maximilian Schwalb. Ver HUBER, E., *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, Oldenburg, Gerhard Stalling, 1932; JELLINEK, W., “Zum Konflikt zwischen Preußen und Reich”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 681 y ss.; KIRCHHEIMER, O., “Die Verfassungslehre des Preußen-konflikts”, en *Gesellschaft*, n° 9, 1932, pp. 194 y ss.; NAWIASKY, H., “Zum Leipziger Urteil”, en *Bayerische Verwaltungsblätter*, n° 80, 1932, pp. 338 y ss.; SCHWALB, M., “Zur Ausführung des Staatsgerichtshofs-Urteils in der Preußensache”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 941 y ss.; SCHWALB, M., “Die Einwendungen gegen das Staatsgerichtshofs-Urteil vom 25. Oktober 1932 in der Preußensache”, en *Justiz* 8, 1932/33, pp. 217 y ss.; TRIEPEL, H., “Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreite zwischen Preußen und dem Reiche. Ein Schlußwort”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1501–1508 y CAMPE, V., “Der Prozeß Preußen contra Reich im Lichte von Rechtsstaat und Rechtsgefühl”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1384 y ss.

Ahora bien, el equipo de la parte demandada se componía de la siguiente manera: por el Estado libre de Prusia y al mismo tiempo por los ministros depuestos actuaron los funcionarios prusianos Arnold Brecht (*Ministerialdirektor*), Hermann Badt (*Ministerialdirektor*) y los profesores universitarios Friedrich Giese y Gerhard Anschütz. A la fracción del *Zentrum* la representó el profesor Hans Peters y a la del partido socialdemócrata, el por entonces profesor Hermann Heller. Por Baviera actuaron el profesor Hans Nawiasky, el consejero de Estado Heinrich von Jan, el consejero de gobierno y docente Theodor Maunz. Por Baden, finalmente, los funcionarios Hermann Fecht y el consejero de Estado Ernst Walz. Del lado del Reich actuaron los funcionarios Georg Gottheiner y Werner Hoche y los profesores Carl Schmitt, Erwin Jacobi y Carl Bilfinger.

El proceso ante el Tribunal se inició con la presentación de una medida cautelar que tenía como objeto limitar o suspender las acciones del comisario designado para Prusia. El 25 de julio de 1932 el Tribunal Estatal desestimó esta presentación argumentando la necesidad de un debate más amplio sobre los motivos que fundamentaron el decreto y la falta de peligro en la demora. La sentencia sobre el fondo de la cuestión se dictó recién el 25 de octubre de ese año, más de tres meses después de la intervención en Prusia. Las fundamentaciones orales se dieron los días 10 a 14 de octubre y el 17 de octubre.

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 permitían 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 Canciller del Reich y demás comisarios, no eran compatibles con la Constitución del Reich. Asimismo, Prusia solicitó por su parte que el Tribunal Estatal reconociera que la alegación de que no había cumplido con sus obligaciones (de la Constitución y leyes del Reich) para justificar la intervención por el decreto del 20 de julio, no se encontraba justificada ni comprobada; ii) el reconocimiento de que las atribuciones del artículo 48 en sus incisos 1 y 2 solo se habilitaban para el caso en que fueran compatibles con el carácter federal del Reich. Es decir, que se reconociera que la interferencia con las estructuras fundamentales del federalismo, incluyendo la representación en el Reichstag, eran del todo inconstitucionales, y iii) la acusación al gobierno de Papen de usar el decreto 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 estas diferentes acusaciones destacando que los requisitos enunciados por el artículo 48 en sus incisos 1 y 2 se habían cumplido y fundamentó su defensa básicamente con 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 con el artículo 48 inciso segundo se justificaría dada la “evidente” situación de guerra civil por la que atravesaba la región de Prusia y iii) el argumento de la complicidad: para el Reich, era más que claro que el gobierno de Prusia no había actuado con imparcialidad frente a los disturbios y que se había mostrado abiertamente en favor del partido comunista y en contra de los nacionalsocialistas.

II.C. La sentencia del Tribunal Estatal

El Tribunal Estatal había sido creado por la Constitución de 1919. Por primera vez en la historia constitucional alemana un tribunal específico estaba facultado para dirimir en los casos en los que planteara algún tipo de conflicto entre el gobierno federal y algún estado federado o bien entre distintos estados federados.²⁰ La composición del Tribunal Estatal se encontraba ligada al Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*), el máximo tribunal en materia civil y penal entre 1879 y 1945²¹ y a los tribunales supremos administrativos (*Oberverwaltungsgericht*). En efecto, al momento de la sentencia de 1932 el Tribunal Estatal se encontraba compuesto por: el presidente del Tribunal Supremo, Erwin Bumke,²² tres jueces de ese tribunal, Triebel, Schmitz y Schwalb y tres jueces del Tribunal Supremo Admi-

20. Quedaba excluida, por lo tanto, la facultad de resolver la constitucionalidad de leyes, algo que sí sería incluido en la Constitución de Bonn de 1949 en cabeza del Tribunal Constitucional.

21. Durante la República de Weimar se acusaba a este tribunal de seguir una línea muy conservadora y hasta incluso reaccionaria.

22. La persona de Erwin Bumke ejemplifica muy bien el caso de la justicia en Weimar. De familia acomodada y formado en un marco muy conservador, Bumke continuó siendo juez durante la etapa nazi. Cuando los americanos entraron en Leipzig el 20 de abril de 1945, Bumke se suicidó. Sobre su persona ver KOLBE, D., *Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege*, Karlsruhe, Müller, 1975.

nistrativo, Müller, Gümbel y Striegel. Es decir, no se trataba de un elenco de jueces especializado, sino de jueces que provenían de otros tribunales superiores. Su sede era la ciudad de Leipzig, no muy lejana a Berlín.

Lo cierto es que ninguno de los nombres que componían este tribunal podía generar algún tipo de expectativa respecto de un fallo emblemático para la República en términos de novedad²³ o de compromiso democrático. En efecto, los jueces de la época de Weimar no se caracterizaban por su convicción democrática. Se ha dicho mucho de la relación entre los jueces de Weimar y la caída de la República.²⁴ Los magistrados de la época se veían a sí mismos más como defensores del viejo Reich, como “últimos bastiones de la lucha contra el crimen y el caos”,²⁵ antes que como defensores de la República. No solo habían sido formados en tiempos del Imperio y provenían de la clase alta o media alta de la sociedad, sino que además, estos jueces tenían nombramiento de por vida y sin límites de edad, lo que les otorgaba una posición privilegiada en la sociedad que al mismo tiempo los alejaba de ella.²⁶ Desde su punto de vista habían pasado de firmar sus sentencias en el nombre del emperador a hacerlo en el nombre del “populacho”.²⁷ La revolución había trastocado el mundo del jurista de arriba abajo: dentro de la judicatura este cambio implicaba una pérdida de autoridad que era reemplazada por lo que veían como una interferencia política.

23. Christoph Gusy destaca que la jurisprudencia del Tribunal Estatal se orientó por los métodos tradicionales de aplicación jurídica, encontrando solo de manera muy aislada, presu- puestos constitucionales en los mismos. Ver GUSY, C., “Las constituciones de entreguerras en Europa central”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n° 2 (Ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada), 2000, pp. 593-625.

24. El historiador Ralh Angermund sostiene que los jueces eran la tercera fuerza en la política de Weimar y que se autopercebían como menospreciados en su tarea de protectores de la República. Ver ANGERMUND, R., *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer Taschenbuch Verlag, 1990, pp. 19 y ss.

25. McELLIGOTT, A., *Rethinking the Weimar Republic. Authority and authoritarianism 1916-1936*, Londres, Bloomsbury, 2014. En efecto, desde los inicios mismos de la República de Weimar los jueces trabajaron mayoritariamente en contra de ella. WROBEL, H., “Die Richter und das Recht in der Weimarer Republik”, en RINGSHAUSEN, G. y VON VOSS, R., *Widerstand und Verteidigung des Rechts*, Bonn, Bouvier Verlag, 1997, pp. 159-170.

26. BRACHER, K. D., *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des machterfalls in der Demokratie*, Villingen-Schwarzwald, Ring Verlag, 1964, pp. 191 y ss.

27. McELLIGOTT, A., ob. cit., p. 112.

En efecto, el Poder Judicial formó parte de la página más oscura de la República de Weimar:²⁸ el poder de los jueces se fue incrementando en la medida en que el control jurisdiccional de las leyes se convirtió en un instrumento para sabotear las reformas sociales que llevaba a cabo el parlamento. De ahí que parte de la bibliografía de la época se refiere a esa justicia como “*politische Justiz*” (justicia política) o “*Klassenjustiz*”²⁹ (justicia de clase). Con ambos términos se destacaba la falta de neutralidad política o de clase que caracterizaba a la mayor parte de los jueces de Weimar, especialmente cuando se trataba de juzgar a militantes o extremistas de derecha.³⁰

La decisión del Tribunal Estatal resolvió básicamente dos cuestiones: la de la constitucionalidad del decreto del 20 de julio y la de la sustitución de los representantes prusianos en el *Reichstag* y el *Reichsrat* (cámara que representaba a los estados federados). Respecto de la primera, el Tribunal

28. NEUMANN, F., *Behemoth. The structure and practice of National Socialism 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009, pp. 23 y ss. Gustav Radbruch, quien fuera ministro de justicia del Reich en los primeros años de la República, acusaba públicamente a los jueces de esconder detrás de una “objetividad judicial” una forma autoritaria de ejercicio de la justicia. Ver RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe. Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik*, Vol. 13, Heildeberg, C.F. Müller, 1993.

29. En un texto de 1927 se ocupa Ernst Fraenkel de analizar conceptualmente el término de “*Klassenjustiz*”. Allí diferencia “justicia de clase” de “prevaricato”, afirmando que en este último caso, el juez viola las disposiciones de la ley de manera consciente. En cambio, en el primero, su decisión se adecúa con la formalidad de la ley. El término de justicia de clase tampoco se identifica con el también utilizado en esa época de “justicia política” (*politischer Justiz*), ya que en esta última, el juez al dictar sentencia, se deja llevar por su inclinación política. Para Fraenkel, la justicia es de clase, cuando sus decisiones consagran los intereses y la ideología de la clase dominante de un país, de modo que, a pesar de la aplicación formal de la ley, la case oprimida se ve afectada por la manipulación judicial. Ver en FRAENKEL, E., *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 2-41. También se ocupa del tema DETLEF, J. (ed.), *Rechtsstaat und Klassenjustiz. Texte aus der sozialdemokratischen ‚Neuen Zeit‘ 1883-1914*, Friburgo-Berlín, Haufe-Lexware, 1996.

30. “*Auf dem rechten Auge sind sie blind*” (son ciegos del ojo derecho) se solía decir de estos jueces. La diferencia del tratamiento que tenían para los militantes de izquierda y los de derecha, incluso para quienes atentaron de manera directa contra la República como Kapp o Hitler son notables. Ver la obra ya citada de NEUMANN, F., ob. cit.; HANNOVER, H. y HANNOVER-DRÜCK, E., *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten, Lamuv Verlag, 1987, y también JASPER, G., “Justiz und Politik in der Weimarer Republik”, en *VfZG*, n° 2, 1982, pp. 167- 205.

Estatadecidió que el decreto: “a los fines de restablecer la seguridad y el orden público en la región del Estado Libre de Prusia”, era compatible con la Constitución del Reich. Respecto de la segunda cuestión 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”.

Para resolver de esta forma el Tribunal Estatal 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 en virtud de la aplicación del artículo 48 de la Constitución de 1919 y iii) las relacionadas con una decisión sobre el cumplimiento de deberes de Prusia ante el Reich. De estos tres grupos de peticiones los jueces descartaron pronunciarse sobre el segundo, ya que entendían que se trataba de una cuestión abstracta y desestimaron el tercero, por considerar que faltaba prueba. Para el Tribunal Estatal las acusaciones contra Prusia eran infundadas y por lo tanto insuficientes para que se configuren los requisitos para una intervención de acuerdo con el artículo 48 inciso 1.

De esta manera, descartadas estos dos grupos de peticiones, el Tribunal se concentró en el análisis de la constitucionalidad del decreto del 20 de julio. Su argumentación partió de la pregunta de cómo debían interpretarse las destituciones de los cargos que incluyó su ejecución: en un sentido restringido, entendiendo que la destitución de los ministros era solo temporal, o en un sentido amplio, conforme al cual la destitución de los funcionarios era de carácter definitivo. La interpretación del Tribunal sostuvo que, si bien el Reich había afirmado a posteriori que las destituciones y la intervención eran solo de carácter temporal, del texto del decreto se derivaba una interpretación amplia, en el sentido de que se despojaba de manera permanente de sus cargos a los funcionarios.

El Tribunal entonces se preguntó si esta interpretación del decreto de emergencia era compatible o no con la Constitución. Después de distinguir conceptualmente entre el inciso 1 y 2 del artículo 48, concluyó que en el caso se aplicaba el segundo inciso y que en ese sentido era evidente que el decreto era constitucional, porque la situación de alteración del orden y la seguridad públicos, también lo eran. Ahora bien, frente a la pregunta acerca de la posible desviación o exceso del poder de intervención conforme al inciso 2, el Tribunal entendió que no se había probado una desviación (la

acusación de que la intervención obedeció a una alianza con el partido nazi y no con la alteración del orden público) y que tampoco podía constatarse un exceso, porque mientras que el comisario actuara de acuerdo con la autorización del decreto, su actuar no sería pasible de escrutinio judicial sino patrimonio de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, la segunda parte de la sentencia de fondo se refirió a la sustitución de los representantes de Prusia en el *Reichsrat*. En ese punto el Tribunal intentó sentar un límite al Reich, entendiendo que ese órgano era la institución federal por excelencia en la Constitución de 1919, en la que todos los Estados debían ser oídos. Y en este punto no importaba si el gobierno del estado federado era provisional o permanente, en todos los casos el Reich no podía desequilibrar el reparto de poder.

En síntesis, se podría concluir que la sentencia por un lado le dio la razón a Prusia en la cuestión de la sustitución de los representantes en el *Reichsrat*, pero al mismo tiempo, le dio vía libre al Reich para tomar las medidas que considerara necesarias para restituir el orden en Prusia. Incluso se podría afirmar que la sentencia amplió las facultades del comisario al sostener que la intervención y sustitución del gobierno podían tener un carácter permanente.

Esta ambivalencia la encontramos también en las interpretaciones posteriores sobre la decisión del Tribunal. La percepción generalizada fue que el Tribunal Estatal le había dado con una mano la victoria a Prusia pero con la otra se la había quitado. En un primer momento incluso algunos confiaron en que la decisión representara un verdadero límite para la discrecionalidad del Poder Ejecutivo.³¹ Sin embargo, esto no fue lo que sucedió. Entre quienes vivenciaron la caída de la República la sentencia fue interpretada como un compromiso que evidenciaba la timidez del Tribunal para pronunciarse con claridad en el caso.³² En efecto, la sentencia no

31. BRECHT, A., *Prelude to silence. The end of the German Republic*, Nueva York, Oxford University Press, 1944. En contra de esta interpretación: JELLINEK, W., “Der Leipziger Prozeß”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932, pp. 901-908. Para Jellinek, el fallo no fue ni de compromiso ni salomónico sino claramente a favor del Reich.

32. Por ejemplo, NEUMANN, F., ob. cit. El historiador Hans Mommsen, por su parte, cree que la sentencia hizo que Hindenburg se mantuviera a posteriori dentro de los límites de la Constitución. MOMMSEN, H., *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1998, p. 453.

modificó en nada la situación política de Prusia: Papen permaneció como comisionado del Reich y el Partido Socialdemócrata perdió toda influencia en la región. De esa manera se perdió el último bastión auténticamente democrático de la República.

III. HELLER, SCHMITT Y Kelsen ANTE EL CASO PRUSIA CONTRA REICH

III.A. Hermann Heller, defensor de Prusia

En 1932 Heller tenía 41 años y había llegado a lo que sería el mejor momento de su carrera. Era por entonces profesor en la Universidad de Frankfurt am Main, un cargo que le había costado muchos años y esfuerzo conseguir, especialmente por su condición de jurista de izquierda y judío. El proceso ante el Tribunal de Leipzig lo empujó a una mayor visibilidad y renombre: 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 de todas las demás por dos cosas: su intensidad e impronta política. No solo argumentaba Heller con un fuerte temperamento y pasión, generando incluso las burlas de otros abogados presentes, sino que recurría todo el tiempo a metáforas, ironías y conclusiones sarcásticas.³³ Frecuentemente interrumpía con ataques a la parte demandada³⁴ y el presidente del Tribunal Estatal, Bumke, tenía que llamarlo reiteradamente al orden.³⁵ Tampoco desaprovechó la oportunidad que le daba el proceso para criticar dura y burlescamente las ideas de Carl Schmitt.³⁶

La argumentación de Heller, además, no descuidó los ribetes políticos del problema jurídico que era el centro del proceso. En contraste con la decisión tomada por los abogados de Prusia de mantener la disputa dentro de los límites jurídicos y así minimizar las cuestiones políticas,³⁷ el argumento

33. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 417 y 458.

34. *Ibid.*, p. 468.

35. Por ejemplo, en *Ibid.*, p. 410.

36. *Ibid.*, pp. 292 y 470.

37. Para Kaiser, esto tuvo graves consecuencias en el plano práctico, porque así como se decidió mantener el problema en el ámbito jurídico, también se optó por no resistir

principal de Heller se centró en la dimensión política de la intervención del Reich: el decreto del 20 de julio solo se entendía si se ponían en evidencia las negociaciones de Papen con el partido nazi.

Heller había publicado el 10 de agosto de 1932 en el *Frankfurter Zeitung*³⁸ un artículo titulado *Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?* [¿Ha procedido el Reich constitucionalmente?] en donde sintetizaba muy bien los argumentos que defendió luego ante el Tribunal Estatal. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió en el estrado, lo que predominaba en ese texto era la argumentación jurídica, que solo veladamente, dejaba ver la política. Lo interesante de esta argumentación, veremos, es que incorpora un análisis muy cercano a lo que hoy llamamos examen de proporcionalidad, que sin duda era novedoso para la época. Así, el principal eje de esa publicación era el de demostrar que no habían existido ni las condiciones de hecho ni de derecho para aplicar el artículo 48, y que por lo tanto, el decreto del 20 de julio representaba un “abuso en las formas” inconstitucional.

Se podría decir que Heller nunca puso en cuestión que el presidente del Reich pudiera a hacer uso de la herramienta que le brindaba el artículo 48 en sus incisos 1 y 2. Lo que sí discutió en sus argumentos fue que jurídicamente se le pudiera dar una libertad ilimitada de acción al ejecutivo. En su artículo del *Frankfurter Zeitung* sostuvo que tal tipo de competencia sería una *contradictio in adjecto* [contradicción de términos]. Además, afirmó que el Tribunal Estatal se encontraba totalmente habilitado para examinar si los requisitos, de hecho y de derecho se habían dado para poder aplicar el artículo 48.

Lo más interesante del análisis de Heller es su enumeración sistemática de la existencia de los requisitos previos que habilitarían una intervención federal y el alcance de las medidas tomadas por quien realizara la intervención. En el caso de los requisitos del inciso 1, Heller entendía que debería haberse probado un incumplimiento de los deberes constitucionales de Prusia, algo que no encontraba en la fundamentación del decreto. En relación con las medidas tomadas por el comisario, Heller concluyó que

por la fuerza la intervención del Reich, dejando actuar en su territorio a Papen y sus comisionados. KAISER, A., “Preußen contra Reich. Hermann Heller als Prozeßgegner Carl Schmitts vor dem Staatsgerichtshof 1932”, en MÜLLER, C. y STAFF, I., *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*; Baden-Baden, 1984, p. 296.

38. HELLER, H., *Ist das Reich verfassungsmässig...*, ob. cit., pp. 1-2.

el Reich había incurrido en un “exceso” porque había adoptado medidas “desmesuradas”. Este punto es de gran interés, porque aquí Heller realiza algo así como un examen de proporcionalidad³⁹ para verificar la constitucionalidad de la medida tomada por el Reich. Veamos cómo funcionaría este examen.

Heller se preguntó en primer lugar por la idoneidad de la intervención en Prusia. Es decir, analizó si el medio utilizado –la intervención– era idóneo para el fin deseado –la paz o el orden social–. En cuanto a las medidas tomadas conforme al inciso 2, interpretó que estas no cumplían con los tres límites que le establecía la misma Constitución: i) que sean necesarias, ii) que no alteren el mínimo organizativo de la Constitución y iii) que respeten la enumeración taxativa y no ejemplificativa de los derechos fundamentales que pueden suspenderse. Las medidas tomadas, sostuvo, no eran necesarias porque no podían ser permanentes. Esto se derivaría de la propia naturaleza del estado de excepción. En el momento en que se les tomó juramento definitivo a los comisionados del Reich como ministros de Prusia, entonces se violó, como mínimo, el principio organizativo de la Constitución. De esta manera, Heller concluyó que la medida principal de intervención conforme al inciso 2 no era idónea para el fin deseado.

En segundo lugar, Heller planteó la pregunta acerca de si existía un medio alternativo a tomar por el Reich para obtener el mismo fin propuesto pero a menor costo en restricción de derechos. Y su conclusión es que ese medio alternativo existía. Este podría haber sido concretar una audiencia previa en la que se citara a Prusia y en la que se debatiera sobre el supuesto incumplimiento de deberes (inciso 1) o la aparente alteración del orden público (inciso 2). También sostuvo Heller que el Reich pudo haber se-

39. 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 fomentar 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. Ver CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009 y por supuesto ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

guido el procedimiento que establecía el artículo 15 de la Constitución.⁴⁰ Es por eso que finalmente Heller concluye que en la medida tomada por el Reich habría un “abuso de las formas”, factible de ser comprobado por el Tribunal Estatal.

Finalmente, sin plantearlo de esta forma, Heller realizó un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, se preguntó sobre el peso concreto del fin buscado por la medida –la conservación del orden y la paz en Prusia– en relación con la medida tomada y la restricción de derechos derivada de ella. Así, Heller distinguió en el inciso 2 del artículo 48 dos requisitos previos para que pueda proceder una intervención federal en razón de la alteración del orden y la seguridad públicos: 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 la perspectiva de Heller ninguno de estos requisitos se cumplió, por lo tanto el fin buscado –la conservación y del orden y la paz en Prusia– pierde peso en concreto, ya que el desorden y el caos no habían sido suficientemente probados, o en todo caso, era el mismo que en otros estados federados no intervenidos. La medida tomada, en cambio, sí revestía de una gravedad importante, por todos los argumentos que esgrimió anteriormente pero también por el que –veremos– remarcó especialmente en su intervención en el estrado.

En síntesis, la argumentación de Heller en su artículo del *Frankfurter Zeitung* era predominantemente jurídica, limitándose a demostrar que el nombramiento de un comisario del Reich para Prusia solo podría ser constitucional si los requisitos de hecho y de derecho del artículo 48, incisos 1 y 2, estuviesen dados. Asimismo, el diagnóstico que le merecen las medidas tomadas es expresado en términos jurídicos como “abuso de las formas” y

40. El artículo 15 de la Constitución de Weimar establecía: “el gobierno del Reich ejerce la inspección en aquellos asuntos en que le compete el derecho de legislar. Cuando las leyes del Reich deban ser ejecutadas por las autoridades de los estados federados, podrá el Gobierno del Reich decretar instrucciones generales. Asimismo, se encuentra facultado para enviar comisarios con objeto de vigilar la ejecución de las leyes del Reich por las autoridades centrales de los estados federados y, con el beneplácito de estos, a sus autoridades subalternas. Los gobiernos de los estados federados, a petición del Gobierno del Reich, vienen obligados a subsanar cuantas deficiencias surjan en la ejecución de las leyes del Reich. Si mediara divergencia de opinión, tanto del gobierno del Reich como el de los estados federados, pueden suscitar el caso ante el Tribunal Estatal, salvo que una ley del Reich determine otro tribunal”.

“desproporcionalidad” de los medios, evocando de esta manera lo que más adelante el derecho constitucional denominaría examen de proporcionalidad.

Finalmente, en su actuación durante el proceso, Heller hizo un planteo más político y realista de estos argumentos. Les habló 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. Sin dejar de lado el argumento jurídico, que fue el eje de sus intervenciones, puso en juego también las razones de ese incumplimiento de formas: los motivos políticos. A diferencia de Schmitt, que como veremos, intentó demostrar que el Presidente era un actor neutral que en toda circunstancia actuaba en defensa de la Constitución, sin inclinaciones partidarias y en pos de la unidad del Reich. Heller, en cambio, destacó que el decreto había sido un acto deliberado producto de las negociaciones entre Papen y los nazis,⁴¹ no un acto del presidente del Reich en defensa de la República, como quería hacer ver Schmitt.

Pero además, cabe destacar que este contrapunto pone de manifiesto las distintas concepciones acerca de la democracia de las que ambos juristas partían. Cuando Heller hablaba de “estado de excepción” o de “emergencia” no se refería a los conflictos políticos típicos de toda democracia parlamentaria, incluso al tipo de conflictos que predominaban por esos años en Weimar debido a la inestabilidad de coaliciones y partidos. Su idea de situación excepcional tenía que ver con los ataques a la democracia parlamentaria misma. La situación de desorden y caos que podría habilitar una intervención en los términos del artículo 48 era solo aquella en la que la democracia estuviera en peligro. Algo que desde su punto de vista no había sido el verdadero motivo del Reich para dictar el decreto. Y esto porque la concepción helleriana sobre la democracia incluye el pluralismo y el conflicto.⁴²

41. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 76-77.

42. Sobre el pluralismo en Heller y Schmitt, ver PASQUINO, P., “Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel”, en MÜLLER, C. y STAFF, I. (edit.), *Staatslehre in der Weimarer Republik: Hermann Heller zu ehren*, Fráncfort del Meno, 1985, pp. 114-127. He analizado la concepción de democracia de Heller en comparación con las de Schmitt y Kelsen en 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.

No era este el caso de Schmitt, por supuesto. Para el jurista de Plettenberg la democracia era unidad, exclusión de lo diferente, anulación del conflicto.⁴³ Por eso la excepción la configura casi cualquier tipo de conflicto que atente contra esa tan deseada “unidad”, y de allí su desconfianza hacia los partidos políticos. Mientras que para Schmitt el artículo 48 permitía la creación de un nuevo orden constitucional donde el presidente pasara a ocupar un rol preponderante, para Heller el artículo 48 era en realidad un remedio de última ratio. El Estado de excepción siempre debería ayudar a volver a la normalidad constitucional y no perpetuar la “anormalidad”.

Pero además, las intervenciones de Heller en el proceso dan cuenta también de su particular concepción del sistema jurídico. Para Heller el derecho se compone tanto de reglas como de principios⁴⁴ y es por eso que la Constitución de Weimar no podía, desde su perspectiva, reducirse a un mero papel. Los principios de la democracia y de la justicia social la impregnaban, y por eso debían ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el artículo 48. Cuando Heller llama a los jueces del Tribunal Estatal a salvar la democracia de quienes la amenazaban, no estaba haciendo otra cosa que pidiéndoles que introduzcan estos principios en la interpretación de la Constitución. Por eso también podemos decir que Heller llama a los jueces a aplicar un particular tipo de interpretación del derecho. Una que incluyera los principios suprapositivos del derecho, como parte de este.

Por último, cabe destacar que estas ideas no se contradicen, con la visión de Heller sobre los jueces de Weimar o sobre el control jurisdiccional de la Constitución. Como otros juristas socialdemócratas, Heller descreía de los jueces de Weimar, ligados al viejo orden imperial y en su mayor parte, monárquicos y poco adeptos a la República.⁴⁵ Su temor a que estos jueces detuvieran el avance hacia la consagración de un verdadero Estado

43. Ver especialmente SCHMITT, C., *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 13 y ss., y sobre el tema MOUFFE, C., “Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy”, en DYZENHAUS, D., (edit.), *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, pp. 159-175.

44. HELLER, H., *Teoría del Estado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 275. Ver también VITA, L., “La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 43, 2015, pp. 49-75.

45. Por ejemplo, en HELLER, H., “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, H., *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, p. 288.

social de derecho lo llevaron a no poner demasiadas esperanzas en el control jurisdiccional de las leyes. Por eso también en 1928 había demostrado su desacuerdo con Kelsen respecto de la necesidad de un Tribunal Constitucional para Weimar.⁴⁶ Sin embargo, Heller también era un realista y un demócrata convencido. Siendo consiente del rol político que cumple todo juez en el marco de un Estado de derecho, apostó en el proceso de Leipzig a que los jueces del Tribunal Estatal tomaran una posición respecto de la crisis de la República. Los principios de la Constitución de Weimar dependían de ello y él lo sabía. Por eso su respuesta a quién debe ser el guardián de la Constitución se concentró aquí en el Tribunal Estatal.

III.B. Carl Schmitt, abogado del Reich

1932 fue un año trágico para la República pero uno muy productivo para Carl Schmitt. Era por entonces el centro de la atención académica, especialmente tras la publicación de una nueva versión extendida de *El Concepto de lo político*. Su presencia en Berlín le aseguraba la influencia política que siempre había ambicionado y, en efecto, su transformación de profesor a consultor del gobierno tuvo que ver con esta proximidad. Durante 1929 había tomado contacto con Johannes Popitz, un secretario del ministerio de finanzas y con el confidente de Hindenburg, Kurt von Schleicher.⁴⁷ Ese vínculo explica mucho del protagonismo que tuvo en los eventos políticos de esos años.

Schmitt se enteró del golpe del 20 de julio a través de la prensa. Esto lo decepcionó un poco, probablemente porque esperaba haber sido consultado

46. Heller ya había intervenido en contra de las ideas de Kelsen sobre el tema en la reunión de *Deutschen Staatsrechtslehrer* del 23 y 24 de abril de 1928, que tuvo lugar en Viena y en la que Kelsen y Triepel discutieron sobre la naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*). TRIEPEL, H., et. al., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit- Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, especialmente pp. 111 y ss. En líneas generales, descreía de la justiciabilidad constitucional de derechos individuales, por eso en todo caso pensaba primero en algún tipo de control de la justicia administrativa. Ver también HENKEL, M., *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 505.

47. BENDERSKY, J., *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983, p. 113.

antes.⁴⁸ Sin embargo, a pocos días del golpe, fue el mismo Papen quien informó que se había tomado la decisión de incluir a Schmitt en el equipo de juristas de la defensa. También anunció que Schmitt iba a publicar el 29 de julio un artículo sobre la legalidad de la decisión del Reich en el *Deutsche Juristen-Zeitung*.⁴⁹ Se sabe que fue Kurt von Schleicher quien había insistido en que llamaran a Schmitt para la defensa del Reich.⁵⁰ Y de esta manera es que Schmitt se convirtió en el *Kronjurist* del gobierno de Papen. ¿Quién otro sino quien ya se había pronunciado públicamente tantas veces a favor de la dictadura presidencial?

En la primavera de 1932 Schmitt estaba escribiendo su obra *Legalidad y Legitimidad*, pero aún no lo había terminado para cuando estallaron los acontecimientos de julio. Los hechos en Prusia lo llevaron a adelantar la publicación de algunas partes de su obra en distintos periódicos conservadores⁵¹ y finalmente, publicó el libro completo ese mismo verano, en Múnich y Leipzig por la editorial Duncker y Humblot, antes del proceso de

48. SEIBERTH, G., *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001, p. 97.

49. BENDERSKY, J., ob. cit., p. 157. El artículo apareció en realidad el 1 de agosto, dos meses antes de que empezara el juicio, con el título *Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das land Preußen* (La constitucionalidad del nombramiento de un comisario del Reich para Prusia), en el *Deutsche Juristen Zeitung*.

50. SCHWAB, G., *The Challenge of the exception. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970, p. 15. En ese sentido, John McCormick advierte que no solo fue Schmitt consejero del Reich, sino que es muy posible que sus ideas hubieran sido transmitidas por Kurt von Schleicher o Franz von Papen —o por ambos— al presidente Paul von Hindenburg. Es un hecho que asistentes de Schleicher y Papen citaban la obra de Schmitt en distintas estrategias políticas y jurídicas de finales de la República. MCCORMICK, J., “Identifying or exploiting the paradoxes of constitutional democracy?”, en SCHMITT, C., *Legality and Legitimacy*, Durham y Londres, Duke University Press, 2004. En sentido contrario se ubica el biógrafo de Schmitt Bendersky. Para él, las ideas de Schmitt no influyeron en los acontecimientos pero ayudaron a justificarlos post facto. Para un análisis del rol de Schmitt en el proceso, ver SEIBERTH, G., ob. cit.; HUBER, E. R., “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Republik”, en QUARITSCH, H., *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 33-50; BLASIUS, D., *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2001, pp. 15-70. También, la biografía de MEHRING, R., *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, Beck, 2009.

51. SCHMITT, C., “Legalität und gleicher Chance politischer Machtgewinnung”, en *Deutsches Volkstum*, n° 2, 1932, pp. 557-564 y SCHMITT, C., “Der Missbrauch der Legalität”, en *Tägliche Rundschau*, n° 19, 1932.

octubre.⁵² Esta obra logró el impacto que seguramente se proponía, ya que en efecto, 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 en el Tribunal más importante de la República de Weimar.

En contraste con Heller, Schmitt es descrito en su intervención profesional en el proceso como respetuoso y guardando siempre la compostura.⁵³ Sin embargo, la argumentación temperamental de Heller lo enfurecía. En su diario personal, Schmitt describe al jurista socialdemócrata como “histérico”, “cambiante de humor”.⁵⁴ En Schmitt, sin embargo, la compostura no quería decir menor contienda. Guardando las formas dejaba deslizarse en sus intervenciones frecuentes y elocuentes ataques a sus contrincantes. Como se puede apreciar muy bien en su alegato final, Schmitt no utilizaba medias tintas en sus argumentos, tampoco en sus ataques a Heller, von Jan, Brecht y el resto de los representantes de Prusia, Baviera y Baden. En su fuero interno, no obstante, el jurista de Plettenberg no se hacía grandes esperanzas del proceso⁵⁵ y así tomó también la sentencia del 25 de octubre, que interpretó como una derrota profesional y personal⁵⁶ y como la confirmación de sus recelos sobre el rol de las Cortes como guardianas de la Constitución.⁵⁷

En el alegato final ante el Tribunal Estatal⁵⁸ Schmitt resumió las ideas principales que fue desplegando a lo largo de sus intervenciones en el proceso. De la misma manera que lo hiciera Heller durante el juicio, Schmitt

52. La primera edición incluye la advertencia de que el texto había sido terminado el 10 de julio de 1919.

53. BENDERSKY, J., ob. cit., p. 166.

54. SCHMITT, C., *Tagebücher 1930-1934*, Berlín, Akademie Verlag, 2010, p. 225.

55. En el primer día de las deliberaciones, el 10 de octubre, Schmitt escribía en su diario que Bumke había estado grandioso, Brecht “sentimental” y muy “peligroso”, Heller “horrible” y Gottheiner también “horrible” y que al final de la jornada del 14 de octubre estaban junto con Jacobi, Bilfinder y Jellinek, todos “deprimidos” por el progreso del proceso, *Ibid.*, pp. 224-227.

56. BALAKRISHNAN, G., *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, Londres, Verso, 2000, p. 170; SEIBERTH, G., ob. cit., p. 180.

57. MÜLLER, J. W., *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 2003, p. 36.

58. Publicado como “*Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig*” (Discurso de clausura ante el Tribunal Estatal en Leipzig). Este texto fue incluido en el libro que publicó Schmitt en 1940 con el título *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles (1923-1939)*.

destacó la naturaleza política del problema jurídico planteado. Pero a diferencia del jurista socialdemócrata, no lo hizo para atacar el decreto del 20 de julio sino para cuestionar la legitimación activa de las facciones del SPD y del *Zentrum*, como también la presencia de un gobierno depuesto como el de Prusia como principal demandante. Así Schmitt inició su alegato refiriéndose a las “formalidades” que no eran tales. Las cuestiones jurídicas en juego, concernientes a la legitimación activa ante el Tribunal Estatal –pero también, en el fondo todo el proceso– eran para él problemas eminentemente políticos y no jurídicos.

Ante la pregunta sobre la constitucionalidad de la intervención en Prusia, Schmitt respondió afirmativamente. Desde su perspectiva Prusia no podía alegar su “autonomía” para cuestionar un mecanismo que estaba contemplado en la propia Constitución. Incluso, casi como una provocación, alegó que la autonomía de ese estado federado era lo que había defendido el presidente del Reich al dictar el decreto. Eran los partidos políticos los que, desde su punto de vista, atentaban contra ella. Esta acusación, que despertó la exasperación de Heller en el recinto, no era otra cosa que una manifestación de la concepción democrática de Schmitt. Los partidos políticos ya no se enfrentaban como opiniones contrapuestas sino como intereses de grupos.⁵⁹ La política de partidos, propia de las democracias parlamentarias, terminaba llevando a la guerra civil, a la ruptura de la unidad interna⁶⁰ y por eso debía ser combatida. En el caso de Prusia esto se vería muy claro: las acciones llevadas a cabo para detener el avance nazi solo conducían a la guerra civil, y como tal precisarían ser detenidas por la intervención del Reich.⁶¹

¿Quién era entonces el guardián de la Constitución de Weimar para Schmitt? Es inevitable vincular los dichos de Schmitt en el proceso de Leipzig con las ideas que intercambió con Kelsen acerca de la defensa de la Constitución en el clásico debate de 1931. En efecto, su participación ha sido leída como la continuación de su debate con Kelsen,⁶² y por cierto, sigue en gran parte los argumentos desarrollados entonces, a los que le suma los desplegados en *Legalidad y Legitimidad*.

59. SCHMITT, C., *Sobre el...*, ob. cit., p. 9.

60. SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 41.

61. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 180-181 y 289-291.

62. PAULSON, S., ob. cit. En el mismo sentido VINX, L., ob. cit. Sobre el debate en cuestión ver el excelente trabajo de HERRERA, C. M., ob. cit., pp. 195-227.

En su alegato final Schmitt recuperó esta pregunta para referirse al caso del Tribunal Estatal como defensor de la Constitución. Y entendió que en cierto sentido lo era, pero solo de una manera muy restringida, en lo que refiere a la formalidad de los procesos jurídicos. El problema se planteaba, desde su punto de vista, cuando esas formalidades eran en realidad cuestiones “políticas” y no meras formas. Entonces la tarea le quedaba “muy grande” al Poder Judicial.⁶³ Cuando se trataba de defender la Constitución, cuya naturaleza es para Schmitt más bien política que jurídica, entonces su defensor sería el presidente del Reich y no un tribunal. Las “cuestiones políticas” no podían ser resueltas por un juez. Así, en su propio alegato ante el Tribunal Estatal Schmitt se permite cuestionar el rol que estaban cumpliendo los propios jueces de Leipzig: no tenían mucho que decir sobre la intervención del Reich porque era una cuestión que simplemente no les concernía.

En este punto podemos apreciar su apreciación sobre la interpretación judicial y el rol de los jueces. La función judicial ya lo había ocupado tempranamente en su obra,⁶⁴ pero es recién en su debate con Kelsen cuando se pronuncia abiertamente sobre la función de los jueces en la democracia. Como el mismo Kelsen había destacado entonces, la visión de Schmitt terminaba asimilándose a la idea de que el juez es un “autómata” de la ley, y que en sus sentencias no había ningún tipo de decisión con carácter político. En definitiva, lo que la doctrina constitucional suele llamar “cuestiones políticas no justiciables”⁶⁵ era para el jurista de Plettenberg una problemática propia de la procura del Poder Judicial por mantenerse dentro de sus atribuciones. Esto, entiende, no debía considerarse como signo de “una mera precaución política” o como “mezquindad de subalterno”, ni debía tildarse por esta razón como un acto reprobable, psicológica o sociológicamente, sino que demostraba que era impropio atribuir a los jueces ciertas funciones que rebasaban el ámbito de una subsunción real.⁶⁶

63. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., pp. 466-467.

64. La primera referencia de Schmitt al Poder Judicial y a la interpretación judicial aparece en 1912 en su obra *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis (Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial)*, recientemente traducido al español por Montserrat Herrero en SCHMITT, C., *Posiciones ante el Derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.

65. La tesis de las political questions, o “cuestiones políticas no justiciables”, fue expuesta como doctrina tribunalicia por primera vez de modo preciso en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803).

66. SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931, pp. 66-67.

Ahora bien, descartado el Tribunal como guardián de la Constitución Schmitt argumentó que lo importante era determinar *quién* debía decidir, es decir, quién debía determinar qué partido o facción era enemiga de la Constitución o a qué facción se le debía negar la igualdad de chance.⁶⁷ Para Schmitt, un partido político (el SPD para el caso que presentaba Prusia) no podía determinar la legalidad o ilegalidad de otro. Solo una “fuerza neutral”, el presidente del Reich, podía hacer tal distinción y eso lo convertía en un actor clave de la defensa constitucional. Así, la pregunta importante para Schmitt no era *a qué partido dejar fuera del juego* sino *quién* se encuentra capacitado para hacerlo. La alerta que Schmitt declaraba en *Legalidad y Legitimidad* respecto de una “revolución legal”⁶⁸ efectivamente se cumplió y gracias a la intervención del presidente Hindenburg. Sin embargo, ya sea por convencimiento personal o por ocasionalismo político,⁶⁹ Schmitt no hablaba en 1931-32 del peligro de una dictadura nazi, sino de un avance del partido comunista en el poder.

III.C. El comentario de Hans Kelsen sobre la sentencia

Como adelantamos, si bien no participó del proceso, Kelsen escribió al poco tiempo un comentario sobre la sentencia del Tribunal Estatal que fue publicado en la revista *Die Justiz*, el mismo medio que había elegido para publicar su famoso escrito sobre el defensor de la Constitución.⁷⁰ El texto se divide básicamente en una crítica al decreto del 20 de julio y otra a la sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig. En el primer caso, Kelsen se concentró en los dos principios constitucionales que el decreto violaría: el federal y el democrático. Ambos, consideraba, eran principios fundamentales consagrados en la Constitución de 1919 que el decreto de julio vino a destruir. Desde su punto de vista, se proclamaba una transferencia de competencias que hacía que Prusia ya no fuera un estado federado en

67. BRECHT, A., *Preußen contra Reich...*, ob. cit., p. 39.

68. SCHMITT, C., *Legalidad y Legitimidad*, Buenos Aires, Struhart, 2002, p. 48.

69. En resumen, siguiendo dos posibles lecturas de la participación de Schmitt que circulan en sus especialistas, uno podría leer la participación de Schmitt desde la perspectiva del “ocasionalismo” (Löwith, Habermas) o bien desde la autenticidad de sus ideas y su vinculación con su concepción de la democracia

70. KELSEN, H., “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932”, en *Die Justiz*, November/Dezember, VIII Band, n° 2/3, 1932, pp. 65-91.

el marco de un Estado federal, sino una provincia, dependiente totalmente del poder central.

Así, el decreto rompería, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como del Legislativo, el principio federal que garantizaría un equilibrio de poder entre los estados federados entre sí y con el Reich. En el ámbito del Ejecutivo, además, atentaría contra el principio democrático, ya que reemplazaba a los representantes elegidos por los ciudadanos del estado federado, por otros, elegidos por el gobierno del Reich. Y aquí, aclaraba Kelsen, no importaba que Hindenburg hubiera sido elegido por todos los ciudadanos alemanes. El principio democrático, entendía, se violaba desde el momento en que la autodeterminación de los estados federados era menoscabada por la intervención del Reich. De esta manera, la centralización de las funciones era equivalente a la des-democratización en el ámbito de Prusia. Por eso no sería relevante que el Presidente gozara de legitimidad directa, porque era la autodeterminación de Prusia la que se encontraba en juego, no la autodeterminación del Reich. Vemos entonces que el principio federal y el democrático se interrelacionarían para Kelsen, y contra ambos se dirigiría la intervención del Reich.

Ahora bien, la sentencia fue el principal objeto de estudio del jurista de Viena y contra ella lanzó una serie de críticas que rondaban especialmente en torno a la inconsistencia interna del fallo. Desde su punto de vista, la decisión del Tribunal Estatal era contradictoria. Kelsen identifica en la sentencia al menos tres formulaciones distintas de la interpretación del decreto. De la más amplia a una más restrictiva, pero todas distintas entre sí y contradictorias. Pero sin duda, la cuestión más grave la encuentra Kelsen en la sentencia misma. Como toda decisión judicial, se divide en “fundamentos” y el “fallo” o la sentencia en sentido estricto. Kelsen evidencia que el Tribunal Estatal solo habla de cierta “inconstitucionalidad” (y no para todo el decreto) en los fundamentos de la sentencia y no en el fallo. Esto, entendía, era un sinsentido, porque solo es posible ejecutar el fallo y no los fundamentos. En otras palabras, si el Tribunal hubiese querido declarar nulo el decreto, tendría que haberlo incluido en los párrafos de su sentencia y no en los fundamentos. Como no lo hizo, el decreto era en todo constitucional.

Esto nos lleva precisamente a un último problema que encontraba Kelsen en la sentencia: el de la supuesta “divisibilidad” del decreto. Con esto se refiere al hecho de que el Tribunal señalara que una parte del decreto, aquella sobre la representación de Prusia en el *Reichsrat*, era inconstitucional; mientras que el resto, no. Frente a esto Kelsen interpretó que no había

manera de diferenciar entre “partes” del decreto. Como tampoco se podía, como había intentado el Tribunal, diferenciar entre funciones que podían sustraerse a los Ministros de Prusia y otras que no. La ficción que intentaba crear el Tribunal de mantener un gobierno de Prusia, pero sin sus funciones esenciales, no se sostenía en el derecho positivo. Quitarle su función de representación a un gobierno era lo mismo que quitarle su esencia misma.

El balance que realiza Kelsen del fallo es negativo. La sentencia era mala no solo porque era contradictoria sino porque no podía ser ejecutada. El Tribunal Estatal, concluyó en su comentario, no ha salvado a la Constitución de Weimar. Pero no por culpa enteramente suya, sino también por la Constitución. Era la mala técnica legislativa de la Constitución de Weimar la que había hecho posible que en virtud del artículo 19 la ejecución de toda sentencia quedara a cargo del presidente del Reich. ¿Cómo, entonces, exigirle al Presidente que ejecute 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 esta hubiera estado comprometida por los intereses del Reich.

Pero además, Kelsen aprovechó la oportunidad del caso para enunciar la que era una de sus principales críticas a la Constitución de Weimar: el no haber incluido un Tribunal Constitucional. Esta precaución, desde su perspectiva, hubiera librado a la República del problema al que se estaba enfrentando. Las disposiciones sobre el Tribunal Estatal que se encontraban en la Constitución de 1919 no eran, para Kelsen, más que “improvisaciones” que no aseguraban en nada a la Constitución. Seguramente no había estado en la intención de los constituyentes de Weimar dejar la puerta tan abierta a la posibilidad de que por acción del artículo 48 el país pasara de federal a unitario. Pero las constituciones, desde su perspectiva, no podían determinar un sentido de interpretación para siempre. Por eso si bien era valorable el intento del Tribunal de “limitar” la acción del Presidente por vía de la interpretación, era un intento fallido. Este límite solo podía ganarse por vía constitucional. En otras palabras, para Kelsen, Weimar estaba condenada por su propia Constitución.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia en el caso Prusia contra Reich es una muestra de cómo, en un régimen político democrático, poder y derecho pueden llegar a en-

frentarse de la manera más radical ante un conflicto constitucional. Pone de manifiesto, además, la relevancia que una decisión judicial puede tener o no en un contexto de crisis institucional. Los jueces del Tribunal Estatal optaron probablemente por el camino más sencillo: el de avalar el *status quo*. Aun cuando obligaron con su sentencia al Reich a no reemplazar a los representantes de Prusia en el Reichstag, decidieron no hacer nada contra el derrocamiento por la fuerza del último bastión auténticamente democrático, en la ya por entonces condenada República de Weimar.

La sentencia también pone en evidencia que los jueces del Tribunal Estatal eligieron, de un elenco posible de teorías constitucionales, la de la emergencia, la de la excepción, y por lo tanto, la de la teoría constitucional de Carl Schmitt. Lo que justificaba el golpe de julio era la situación excepcional de violencia. No importaban tanto las consecuencias de las medidas tomadas como el fin que las había motivado. No importaba tanto que se violen principios fundantes de la Constitución de 1919, como que se restablecieran el orden y la seguridad públicos en el estado federado de Prusia.

En definitiva, eran tres las teorías constitucionales en disputa que hemos reconstruido a partir de las intervenciones de Heller y de Schmitt y del análisis de Kelsen: una en la que el poder se impone sobre el derecho (Schmitt), una donde el derecho se impone sobre el poder (Kelsen) y una en la que poder y derecho se interrelacionan (Heller). Esta tercera alternativa, la helleriana, nos impulsa a repensar la clásica oposición entre derecho y poder que el debate entre Kelsen y Schmitt había puesto en escena un año antes. En efecto, la ya clásica pregunta sobre el guardián de la Constitución resuelve la cuestión en términos dicotómicos: Schmitt o Kelsen, poder o derecho. Sumar al debate la voz de Heller, un debate ya no teórico sino profundamente práctico, permite escapar a esta dicotomía. Ni el presidente del Reich ni un Tribunal Constitucional “a la Kelsen” hubieran podido salvar a la República de Weimar. El Presidente no podía porque como los hechos posteriores confirmarían, Hindenburg no actuaba en favor de preservar la democracia parlamentaria y plural en Weimar. La figura presidencial diseñada por la Constitución, a diferencia de lo que Schmitt creía, no podía ser neutral solo por ser elegida de manera plebiscitaria. Finalmente, un Tribunal Constitucional tampoco podía salvar a Weimar porque no existía. De poco servía plantear esta discusión en un contexto en el que una reforma constitucional era poco plausible. La solución tenía que ser realista.

Por eso la apelación de Heller es a los jueces del Tribunal Estatal existente. No le pide a la Constitución de 1919 que diga algo que no dice. Les

ruega a los jueces que apliquen los principios de democracia que forman parte del contenido normativo de la Constitución. Ni más ni menos. Les ruega que, mirando la realidad existente, den cuenta jurídicamente del problema político de fondo. Ni el poder sobre el derecho ni el derecho sobre el poder: un derecho (compuesto por reglas y principios) que limita al poder y un poder (el del presidente del Reich) que se nutre en legitimidad de la legalidad de la Constitución de 1919. Finalmente, Heller también clama, aunque sea de manera indirecta, por un modelo determinado de juez. Ni el juez automático que describe Schmitt ni el juez positivista de Kelsen. Un juez democrático, que sin dejar de aplicar la ley vigente sepa interpretar la Constitución conforme a sus principios. Un juez que a la luz de los principios de democracia social de Weimar, supiera defender con su decisión el Estado social de derecho. Un juez, finalmente, que aplicara lo que nosotros llamamos examen de proporcionalidad, a fin de dar herramientas de argumentación para controlar la restricción de derechos por parte de la administración.

La sentencia del Tribunal Estatal en Prusia contra Reich y los textos que sobre ella escribieron Heller, Schmitt y Kelsen son por eso mucho más que un documento histórico. Constituyen una lección para la teoría constitucional contemporánea que quiera aprender en un diálogo con el pasado. Son, especialmente para la teoría constitucional latinoamericana, una invitación a mirar a Weimar con otros ojos. No con la mirada “europea” de la caída o del fracaso de una Constitución, sino con una mirada constructiva, acerca de las lecciones de Weimar para la democracia social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANGERMUND, Ralph, *Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer Taschenbuch Verlag, 1990, pp. 19 y ss.
- BALAKRISHNAN, Gopal, *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, Londres, Verso, 2000.
- BAY, Jürgen, *Der Preussenkonflikt 1932/33. Ein Kapitel aus der Verfassungsgechichte der Weimarer Republik*, Erlangen-Nürnberg, Univ. Dissertation, 1965.

- BENDERSKY, Joseph, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983.
- BILFINDER, Carl, “Exekution, Diktatur und Föderalismus”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932, pp. 1017 y ss.
- BILFINGER, Carl, “Reichsexekution”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 2, 1933, pp. 146-150.
- BLASIUS, Dirk, *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2001.
- BRACHER, Karl D., *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des machterfalls in der Demokratie*, Villingen-Schwarzwald, Ring Verlag, 1964.
- BRECHT, Arnold, *Prelude to silence. The end of the German Republic*, Nueva York, Oxford University Press, 1944.
- , *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin, Dietz Nachfolger, 1933.
- CALDWELL, Peter, *Popular Sovereignty and the crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham y Londres, Duke University Press, 1997.
- CAMPE, Von, “Der Prozeß Preußen contra Reich im Lichte von Rechtsstaat und Rechtsgefühl”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- DYZENHAUS, David, “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, en *The American Political Science Review*, Vol. 91, n° 1, 1997.
- , *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- EYCK, Erich, *A History of the Weimar Republic*, Nueva York, Atheneum, 1970.
- FRAENKEL, Ernst, “Zur Soziologie der Klassenjustiz”, en Fraenkel Ernst, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.
- FULDA, Bernhard, *Press and politics in the Weimar Republic*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- GIESE, Friedrich, “Beamtenrechtliche Auswirkungen einer Reichsexekution”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932.

- , “Zur Verfassungsmäßigkeit vom Reich gegen und in Preußen geschaffenen Maßnahmen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932.
- GRUND, Henning, *‘Preußenschlag’ und Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden, Nomos, 1976.
- GUSY, Christoph, “Las constituciones de entreguerras en Europa central”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n° 2, (ejemplar dedicado a Modelos constitucionales en la historia comparada), 2000.
- HANNOVER, Heinrich y HANNOVER-DRÜCK, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten, Lamuv Verlag, 1987.
- HECKEL, Johannes, “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen”, en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Bd. 23, 1933.
- HELLER, Hermann, “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985.
- , “Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?”, en *Frankfurter Zeitung*, n° 77, Jg. Nr. 591-592, n° 10, 1932, Abendblatt-Erstes Morgenblatt.
- , *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- HENIG, Ruth, *The Weimar Republic 1919-1933*, Nueva York, Routledge, 2002.
- HENKEL, Michael, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- HERRERA, Carlos M., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n° 86, Madrid, 1994.
- HUBER, Ernst R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 7, Stuttgart, Kohlhammer, 1978.
- , “Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Republik”, en QUARITSCH, Helmut, *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- , *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, Oldenburg, Gerhard Stalling, 1932.
- JASPER, Gotthard, “Justiz und Politik in der Weimarer Republik”, en *VfZG*, n° 2, 1982.
- JELLINEK, Walter, “Der Leipziger Prozeß”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932.

- , “Zum Konflikt zwischen Preußen und Reich”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932. KAISER, Andreas, “Preußen contra Reich. Hermann Heller als Prozeßgegner Carl Schmitts vor dem Staatsgerichtshof 1932”, en MÜLLER, Christoph y STAFF, Ilse, *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*; Baden-Baden, 1984.
- KELSEN, Hans, “Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932”, en *Die Justiz*, November/Dezember, VIII Band, n° 2/3, 1932.
- , “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008.
- , “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. 45, año XXXV, Paris, 1928.
- KIRCHHEIMER, Otto, “Die Verfassungslehre des Preußen-konflikts”, en *Gesellschaft*, n° 9, 1932.
- KIRKAND, Tim y McELLIOTT, Anthony (edit.), *Opposing Fascism. Community, Authority and Resistance in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- KLEIN, Claude, *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*, Barcelona, Península, 1970.
- KOLBE, Dieter, *Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege*, Karlsruhe, Müller, 1975.
- MCCORMICK, John, “Identifying or exploiting the paradoxes of constitutional democracy?”, en SCHMITT, Carl, *Legality and Legitimacy*, Durham y Londres, Duke University Press, 2004, pp. 13-43.
- McELLIOTT, Anthony, *Rethinking the Weimar Republic. Authority and authoritarianism 1916-1936*, Londres, Bloomsbury, 2014.
- MEHRING, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, Beck, 2009.
- MOMMSEN, Hans, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1998.
- MOUFFE, Chantal, “Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy”, en DYZENHAUS, David (edit.), *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998.
- MÜLLER, Jan W., *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2003.
- NAWIASKY, Hans, “Zum Leipziger Urteil”, en *Bayerische Verwaltungsblätter*, n° 80, 1932.

- NEUMANN, Franz, *Behemoth. The structure and practice of National Socialism 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009.
- PASQUINO, Pasquale, “Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel”, en MÜLLER, Christoph y STAFF, Ilse (edit.), *Staatslehre in der Weimarer Republik: Hermann Heller zu ehren*, Fráncfort del Meno, 1985.
- PAULSON, Stanley, “Subsunción, política jurídica y el reproche de ‘formalismo’. La discusión acerca del ‘guardián de la Constitución’”, en CARDINAUX, Nancy, CLÉRICO, Laura y D’AURIA, Aníbal (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2006.
- RADBRUCH, Gustav, *Gesamtausgabe. Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik*, Vol. 13, Heildeberg, C.F. Müller, 1993.
- SCHMITT, Carl, “Der Hüter der Verfassung”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55 (XVI), 1929.
- , “Der Missbrauch der Legalität”, en *Tägliche Rundschau*, n° 19, 1932.
- , “Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das land Preußen”, en *Deutsche Juristen Zeitung*, n° 37, 1932.
- , “Legalität und gleicher Chance politischer Machtgewinnung”, en *Deutsches Volkstum*, n° 2, 1932.
- , *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991.
- , *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931.
- , *Legalidad y Legitimidad*, Buenos Aires, Struhart, 2002.
- , *Posiciones ante el Derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.
- , *Sobre el Parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 2002.
- , *Tagebücher 1930-1934*, Berlín, Akademie Verlag, 2010.
- , *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958.
- SCHWAB, George, *The Challenge of the exception. An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970.
- SCHWAB, Maximilian, “Die Einwendungen gegen das Staatsgerichtshofs-Urteil vom 25. Oktober 1932 in der Preußensache”, en *Justiz* 8, 1932/33.
- , “Zur Ausführung des Staatsgerichtshofs-Urteils in der Preußensache”, en *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*, n° 53, 1932.

- SEIBERTH, Gabriel, *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess “Preußen contra Reich” vor dem Staatsgerichtshof*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001.
- STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Múnich, C.H. Beck Verlag, 2002.
- TRIEPEL, Heinrich, “Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreite zwischen Preußen und dem Reiche. Ein Schlußwort”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 37, 1932.
- , *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit- Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929.
- VINX, Lars, *The Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- VITA, Leticia (edit.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- , “La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 43, 2015.
- , *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- WROBEL, HANS, “Die Richter und das Recht in der Weimarer Republik”, en RINGSHAUSEN, Gerhard y VON VOSS, Rüdiger, *Widerstand und Verteidigung des Rechts*, Bonn, Bouvier Verlag, 1997.