

INSTITUTO DE POLÍTICA CONSTITUCIONAL

Directora: Académica María Angélica Gelli

EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

*Comunicación del doctor Ricardo Ramírez Calvo
Instituto de Política Constitucional,*

EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

Por el DR. RICARDO RAMÍREZ CALVO

1. La Constitución de Weimar y la importancia actual de su estudio

El 11 de agosto de 2019 se cumplieron cien años de la sanción de la Constitución de Weimar, la primera producto de un proceso genuinamente democrático en Alemania¹. La valoración que ha merecido la Constitución de Weimar es tan contradictoria como lo fue su existencia. Por un lado, se la asocia laudatoriamente, junto con la Constitución de México de 1917, con el nacimiento del constitucionalismo social². Por la otra, se la

¹ En 1848, como consecuencia de la revolución que estalló en los distintos estados que formaban la Confederación alemana, se eligió una asamblea nacional, que pasaría a la historia con el nombre de Paulskirche Nationalversammlung o asamblea nacional de la Iglesia de San Pablo, por el local en el que sesionó en Francfort del Meno. Si bien para la época su elección siguió principios bastante liberales, no fue enteramente democrática.

² Entre muchos otros, DURANTE, Alfredo L., *Lecciones de Constitucionalismo Social*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 96; MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Giard, París, 1931, p. 39; VANOSSI, Jorge R.A., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 1982, p. 281

presenta como el ejemplo perfecto del fracaso de una Constitución, por haber desembocado en el totalitarismo nazi³.

¿Qué importancia puede tener entonces analizar algunos aspectos de esta fracasada Constitución, cien años después de su sanción? Paradójicamente, los años de vigencia de la Constitución de Weimar coinciden con el período de desarrollo más fecundo de la teoría del Estado y del derecho constitucional en Alemania. Las discusiones que se sucedieron en esos años, en lo que se conoce como el debate sobre el método y la dirección que debía adoptar el derecho público (en alemán el *Methoden- und Richtungsstreit*⁴), han proyectado su influencia hasta nuestros días⁵. Muchas de las actuales corrientes europeas de interpretación constitucional nacieron con motivo de ese debate. Autores como Heller, Kelsen, Schmitt, Smend, por citar solo algunos, participaron en esas discusiones y dieron vida a uno de los períodos más fructíferos en la historia del derecho constitucional. Esas teorías han encontrado arraigo en la Argentina, ignorando en la mayoría de los casos su origen autoritario.

Sumado a ello, los reiterados cuestionamientos a la democracia liberal en nuestros días, hacen del estudio del turbulento período de vigencia de la Constitución de Weimar casi un lugar obligado. Esto no implica sostener que la actualidad sea idéntica a los alborotados días de la República de Weimar. Sin embargo, toda historia “es siempre ‘historia del presente’, es decir, vista desde nuestra perspectiva actual”⁶. Su estudio puede servir

³ Por muchos, GUSY, Christoph, “Die Weimarer Verfassung als negative Ordnungs Idee?”, *Journal der juristischen Zeitgeschichte*, Año 5, N° 2, p. 47; KENNEDY, Ellen, *Constitutional Failure*, Duke University Press, Durham, 2004, p. 154; MÖLLER, Horst, *Die Weimarer Republik*, Deutscher Taschenbuch Verlag, Munich, 9ª ed., 2008, pp. 253 y sgtes.

⁴ FRIEDRICH, Manfred, “Der Methoden- und Richtungsstreit: Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 102, N° 2, p. 161; STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, C.H.Beck, Munich, 2002, p. 153.

⁵ JOERGES, Christian y SINGH GHALEIGH, Navraj, *Darker Legacies of Law in Europe*, Hart, Oxford, 2003.

⁶ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 47. Heller toma esta idea de Croce.

para evitar la repetición de errores. Esto es también aplicable a los debates en torno a formas de organización constitucional, en los que se pierden de vista experiencias históricas cuyos resultados lejos están de ser envidiables. Así, por ejemplo, recurrentemente se tiende a idealizar el parlamentarismo como forma de gobierno para evitar las llamadas “crisis” del presidencialismo. Se sugieren fórmulas mixtas de semi-presidencialismo, basadas en la experiencia francesa, supuestamente exitosa⁷. Sin embargo, se soslaya que la República de Weimar fue uno de los primeros ensayos de ese tipo de gobierno mixto, con resultados catastróficos.

Similares reflexiones pueden hacerse respecto del otorgamiento de facultades legislativas al Poder Ejecutivo en un régimen de separación de poderes con frenos y contrapesos como el de nuestro país, como sucedió en la reforma constitucional de 1994, hoy reflejado en el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional. El estudio de la experiencia de la Constitución de Weimar y su infame artículo 48, podría haber mostrado que conferir atribuciones legislativas al Presidente, sin el establecimiento en la misma Constitución del correspondiente control, subvierte el sistema de *checks and balances* sobre el que se asienta todo el edificio constitucional y, por ende, genera un desequilibrio que pone en crisis al sistema. Clinton Rossiter advierte que “el hecho de que la República Alemana esté muerta y enterrada no disminuye, sino que aumenta la importancia de su estudio. Hay mucho por aprender de su calamitosa historia, especialmente en la cuestión de los poderes constitucionales de emergencia”⁸.

Todas esas razones justifican un análisis de la Constitución de Weimar en el centenario de su sanción. En las líneas que siguen se

⁷ Un ejemplo de esto es la propuesta del Consejo para la Consolidación de la Democracia en la Argentina, que propuso la adopción de un sistema mixto, con características similares al de la Constitución de Weimar (*Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, pp. 49 y sgtes.)

⁸ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship*, 2ª ed., Transaction Publishers, Nueva Brunswick, 2004, p. 31.

analizará su origen, sus principales disposiciones y los conflictos y debilidades surgidas durante su vigencia.

2. Las circunstancias históricas previas a la sanción de la Constitución de Weimar

La Constitución alemana de 1919 fue sancionada en una situación histórica escasamente auspiciosa. Ignoro si para los astrólogos el 11 de agosto de 1919 era un día tan poco favorable como lo fue la fecha elegida por Lord Mountbatten para la independencia de la India⁹, pero a juzgar por los resultados, merecería serlo. Los orígenes de la República de Weimar se encuentran, sin embargo, más atrás.

Dos años después del comienzo de la Primera Guerra Mundial, en agosto de 1916, el Mariscal von Hindenburg y el General Ludendorff fueron designados al frente del Supremo Comando Militar (OHL por sus siglas en alemán). En la práctica, establecieron una dictadura militar desplazando tanto al Kaiser Guillermo II como al gobierno civil¹⁰. Tan es así que se los consideró como una monarquía sustituta¹¹.

En septiembre de 1918 comprendieron que la victoria en la guerra era imposible. Ludendorff, verdadero hombre fuerte, diseñó un plan destinado a ocultar la responsabilidad militar, de manera

⁹ Louis Mountbatten, último virrey de la India, fijó de manera unilateral el 15 de agosto de 1947 como día en el que se efectivizaría la independencia de la India y de Pakistán. Para un país tan apegado a la astrología como la India, esa decisión no pudo haber sido peor. El 15 de agosto era, para los astrólogos, un día que auguraba las peores desgracias. Uno de ellos escribió a Mountbatten: "Por el amor de Dios, no otorgue la independencia a la India el 15 de agosto. Si luego se producen inundaciones, sequías, hambrunas y masacres, será porque la India independiente nació un día maldecido por las estrellas" (citado por LAPIERRE, Dominique y COLLINS, Larry, *Freedom at Midnight*, Vikas, Nueva Delhi, 1999, p. 211).

¹⁰DI FABIO, Udo, *Die Weimarer Verfassung*, C.H.Beck, Munich, 2018, p. 27; KRUMMACHER, Friedrich A., "Die Auflösung der Monarchie", en TOMMIN, Walter (ed.), *Die Weimarer Republik*, 12a ed., Fackelträger, Hanover, 1973, p. 45.

¹¹*Ersatzkaisertum* en alemán (MOMMSEN, Hans, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996, p. 2).

que el ejército (y él mismo) no fueran culpados por la derrota¹². Convenció al Kaiser de que la situación en el frente era insostenible y que debía solicitarse a los países de la Entente un armisticio en forma inmediata. Sin embargo, para salvar el honor del ejército, era necesario que ese pedido fuese hecho por el gobierno y no por la jefatura militar. La rendición debía estar motivada políticamente, no militarmente¹³.

Era indispensable que los políticos se hicieran cargo del gobierno y, para ello, debía ofrecérseles algún incentivo. Este llegó en la forma de la parlamentarización del sistema de gobierno, haciendo responsable al gabinete frente al parlamento o *Reichstag*. El 30 de septiembre de 1918 el Kaiser dirigió una comunicación al hasta ese entonces canciller del *Reich*¹⁴, Georg von Hertling, en la que expresaba su intención de que el pueblo “colabore más efectivamente que en el pasado en la determinación del destino de nuestra patria. Por ello, es mi deseo que hombres que cuenten con la confianza del pueblo participen en gran medida en los derechos y obligaciones del gobierno”¹⁵.

Así, luego de 4 años de guerra y sin que se hubiera librado ni una sola batalla en su territorio¹⁶, el Imperio Alemán iniciaba el camino de las negociaciones de paz. El 3 de octubre de 1918, el Kaiser Guillermo II nombró al Príncipe Maximilian von Baden como canciller, confiando en que su reputación humanitaria y pacifista le permitiría lograr una paz honorable. Von Baden designó

¹²HAFFNER, Sebastian, *Die verratene Revolution*, Scherz, Berna, 1969, p. 33.

¹³HAFFNER, *Die verratene...*, p. 33.

¹⁴ El equivalente al primer ministro o jefe de gobierno.

¹⁵ Citada en HUBER, Ernst R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Kohlhammer, Stuttgart, 1978, T. V, p. 532. Una traducción al inglés puede encontrarse en BRUNET, René, *The New German Constitution*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1922, p. 8.

¹⁶ Con excepción, tal vez, de la batalla de Tannenberg, en Prusia Oriental, al comienzo de la guerra contra el ejército ruso, que terminó con una rotunda victoria alemana.

como ministros a representantes de los partidos políticos mayoritarios, principalmente la socialdemocracia (SPD)¹⁷.

El 28 de octubre de 1918 se sancionaron dos leyes que modificaron la Constitución de 1871 para establecer el sistema parlamentario. La primera de ellas derogó la incompatibilidad entre cargos ministeriales o en la administración y el de diputado del *Reichstag*. La segunda ley de reforma dispuso que el canciller y, por ende, el gobierno, debían contar con la confianza del *Reichstag* y eran responsables ante él. La norma también hacía al canciller responsable por los actos que realizara el Kaiser en ejercicio de sus facultades constitucionales. Esto implicaba que el *Reichstag* tendría la facultad de forzar la renuncia del gobierno mediante un voto de censura. La reforma no aclaraba si el Kaiser estaba obligado a seguir la recomendación de una mayoría parlamentaria en la designación del canciller o mantenía la libertad de elección¹⁸.

Las reformas, sin embargo, llegaron demasiado tarde como para salvar a la monarquía. Las conversaciones de paz se hicieron públicas y los marineros de la Marina Imperial se negaron a obedecer la orden de atacar a la flota británica, en lo que consideraron una misión suicida¹⁹. El amotinamiento se extendió rápidamente y soldados y trabajadores comenzaron a formar consejos populares. En Baviera se declaró la república de los consejos populares, emulando en cierto modo a los soviets de la revolución rusa, lo que se replicó en varios otros estados (*Länder*) y el 9 de noviembre se declaró la huelga general en Berlín.

Forzado por las condiciones que imponían los aliados para aceptar negociaciones de paz y por la situación revolucionaria que se generalizó en Alemania, Max von Baden presionó al Kaiser para que abdicara y, sin esperar su respuesta, anunció su abdicación el 9 de noviembre y la renuncia a los derechos al trono del príncipe

¹⁷ En un primer momento, dada la incompatibilidad entre el cargo de diputado y el de ministro, se utilizó una fórmula para que ejercieran las responsabilidades ministeriales, sin ser designados formalmente como ministros (HUBER, *Deutsche Verfassungs...*, T. V, p. 549).

¹⁸ HUBER, *Deutsche Verfassungs...*, T. V, p. 589.

¹⁹ Esa orden había sido emitida por la jefatura de la marina imperial sin conocimiento del gobierno o del Supremo Comando Militar.

heredero²⁰. Presionado por los socialdemócratas, von Baden transfirió el cargo de canciller a Friedrich Ebert, líder del SPD. En una rápida y confusa sucesión de eventos, otro integrante del SPD, Phillip Scheidemann, proclamó la República sin contar con el respaldo de Ebert. Pocas horas después de Scheidemann, Karl Liebknecht, fundador del partido comunista alemán (KPD), proclamó la república socialista.

El 10 de noviembre, mientras Guillermo II partía al exilio en Holanda, Ebert constituyó el Consejo de Representantes del Pueblo, que asumió como gobierno provisorio, aunque coexistió durante varios meses con distintos consejos de trabajadores y soldados, en un estado de revolución casi permanente. La República de Weimar nacía así en el poco auspicioso contexto de una derrota militar inesperada y de aspiraciones revolucionarias radicales que se verían frustradas. Desde ambos extremos del arco político, la República sería despreciada.

El Consejo de Representantes del Pueblo convocó, no sin discrepancias de quienes querían avanzar en una revolución similar a la rusa, a elecciones para una Asamblea Nacional con el objeto de redactar una nueva Constitución. El resultado de la elección, celebrada el 19 de enero de 1919, dio una amplia mayoría a los partidos moderados. El SPD fue el partido más votado con 39,7%, seguido por el partido de centro y sus aliados del partido popular de Baviera (*Zentrum* y *Bayerische Volkspartei*) con el 19,7% y por el partido democrático alemán (*Deutsche Demokratische Partei*) con el 18,6%, estos dos últimos grupos de tendencia liberal. Los tres reunidos formarían la llamada Coalición de Weimar y representaban el 76,3% de los votos, es decir una amplia mayoría.

Todo ello sucedió en medio de una situación política de muchísima inestabilidad. Profundas diferencias respecto de la convocatoria a la Asamblea Nacional entre los socialistas moderados del SPD y los extremistas de izquierda, generaron el alzamiento armado de tropas de la Marina y el llamado a la

²⁰ La abdicación formal fue firmada por el Kaiser en su exilio en Holanda el 28 de noviembre de 1918. El príncipe heredero suscribió su renuncia a los derechos al trono el 1 de diciembre del mismo año.

revolución por parte de Rosa Luxemburg y Karl Liebknecht en la navidad de 1918 y la renuncia de la mitad de los integrantes del Consejo de Representantes del Pueblo el 29 de diciembre. El 5 y 6 de enero se produjo un nuevo alzamiento armado por parte de la izquierda radical, liderado entre otros por Liebknecht²¹, el que no logró el esperado apoyo de los obreros y fue aplastado por el Ejército el día 10 de enero de 1919, con ayuda de grupos paramilitares de derecha formados por ex combatientes (los llamados *Freikorps*). Karl Liebknecht y Rosa Luxemburg lograron evitar ser detenidos, pero el 15 de enero fueron descubiertos, entregados a un destacamento militar y asesinados por integrantes de los *Freikorps*.

3. La elaboración de la Constitución

La estrategia de Ludendorff fue muy exitosa y dio nacimiento a la leyenda de la puñalada por la espalda (*Dolchstoßlegende*). Según ella, la derrota fue consecuencia de la traición de los políticos que, con la revolución de noviembre, traicionaron a los combatientes y precipitaron el colapso militar. Este falso relato fue una pesada carga para la naciente República de Weimar y contribuyó de manera decisiva a desestabilizar la frágil democracia²².

No era esa la mejor situación para una asamblea constituyente. Para la izquierda, la República de Weimar había traicionado la llamada Revolución de Noviembre. Se había perdido la oportunidad de completar una revolución socialista, se había

²¹ Existe una corriente que sostiene que Liebknecht, Rosa Luxemburg y los comunistas no tuvieron un papel principal en la insurrección y que se vieron arrastrados por otros grupos de la izquierda radical (WINKLER, Heinrich A., *Von der Revolution zur Stabilisierung*, Dietz, Berlín, 1984, p. 122). Sin embargo, otros autores con una visión favorable del alzamiento comunista, reconocen el rol principal de Liebknecht y la adhesión, si bien tardía, de Rosa Luxemburg (HANNOVER-DRÜCK, Elizabeth y HANNOVER, Heinrich, *Der Mord an Rosa Luxemburg und Karl Liebknecht*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1968, p. 27).

²²BARTH, Boris, "Dolchstoßlegende und Novemberrevolution", en GALLUS, Alexander, *Die vergessene Revolution von 1918/1919*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 2010, p. 117.

traicionado el espíritu de la revolución. Para la extrema derecha, la Constitución de Weimar sería considerada como la consagración legal del “crimen de noviembre”²³. La revolución había traicionado a quienes habían peleado por la madre patria, a quienes habían sacrificado su vida en el campo de batalla. Esa traición no sería olvidada.

A efectos de alejarse de la tensión reinante en Berlín, se eligió la pequeña ciudad de Weimar, más tarde capital del estado de Turingia, como sede de la Asamblea Nacional, la que inició sus deliberaciones el 6 de febrero de 1919. En su discurso inaugural, Friedrich Ebert, consciente de la dificultad que enfrentaba la naciente república, intentó desligarla de la derrota militar: “Hemos perdido la guerra. Este hecho no es consecuencia de la revolución. [...] La revolución rechaza la responsabilidad por la miseria en la que las políticas equivocadas de los viejos poderes y la arrogancia frívola de los militaristas han sumido al pueblo alemán”²⁴.

Antes incluso de la elección de la asamblea constituyente, el gobierno provisional había designado a Hugo Preuß, un político de centroizquierda y profesor de derecho del Estado en Berlín, como Ministro del Interior. Una de sus principales tareas fue redactar un proyecto de Constitución. Ya en 1917 Preuß había recibido del Supremo Comando Militar, si bien indirectamente, el encargo de redactar un plan de reforma de la Constitución Imperial²⁵. Entre el 9 y el 12 de diciembre de 1919 se organizó a pedido de Preuß una reunión de expertos con el objeto de considerar los puntos principales de la futura organización constitucional alemana. En esa reunión, de la que participaron, además de Preuß, Max Weber y Alfred Verdross²⁶, entre varios otros, hubo consenso en mantener la

²³DI FABIO, *Die Weimarer...*, p. 43.

²⁴HEILFRON, Eduard, *Die deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919 in ihrer Arbeit für den Aufbau des neuen deutschen Volksstaates*, Berlín, 1920, T. 1, Parte Principal, p. 4.

²⁵GRASSMANN, Siegfried, *Hugo Preuss und die deutsche Selbstverwaltung*, Mathiesen, Lübeck, 1965, p. 88.

²⁶ Este último en representación de Austria.

denominación de *Reich*, pese a que en alemán significa reino, y la mayoría se inclinó por la forma de estado unitaria con cierta descentralización administrativa²⁷. También se discutió la reorganización de los estados nacionales que formaban el Imperio Alemán, denominados *Länder*, y la consecuente división de Prusia.

En el primer proyecto de Constitución, Preuß intentó rescatar las ideas liberales de la fracasada Constitución de la Iglesia de San Pablo o *Paulskirche* de 1849, pero, como se verá más adelante, excluyendo la declaración de derechos que había consumido meses de debate en aquella ocasión²⁸.

Una de las principales disposiciones era la reorganización de los *Länder* en 14 nuevos territorios²⁹ que funcionarían con cierto grado de descentralización administrativa. Serían cuerpos con administración propia potenciada, lo que daría como resultado un estado unitario descentralizado³⁰. Esto implicaba reemplazar el estado federal y las competencias que los estados alemanes se habían reservado en la creación del Imperio y, en especial, el desmembramiento de Prusia, que representaba las dos terceras partes de todo el territorio imperial y las tres quintas partes de la población total de Alemania. Se confrontaba así con un hecho que el Parlamento de Fráncfort de 1848-1849 había sido incapaz de resolver: la enorme desproporción de Prusia respecto de la mayoría de los otros *Länder* y la coexistencia entre un gobierno central y el

²⁷HUBER, *Deutsche Verfassungs...*, T. V, p. 1179; GRASSMAN, *Hugo Preuss...*, p. 93. En las deliberaciones de la Asamblea el portavoz del SPD, Richard Fischer, propuso modificar la denominación por República Alemana (HEILFRON, *Die deutsche...*, Vol. 2, p. 919, 17ª sesión del 28 de febrero de 1919).

²⁸ La Constitución de la Paulskirche, conocida así por el lugar (la Iglesia de San Pablo en Fráncfort del Meno) en donde se reunió la asamblea constituyente que la sancionó el 28 de marzo de 1849, fue la primera constitución del Imperio Alemán. Fue rechazada por los reinos alemanes más importantes y rechazada por el rey de Prusia, a quien se le había ofrecido la corona imperial.

²⁹ Algunos autores hacen referencia a 16 unidades territoriales, ya que el proyecto inicial incluía a Austria y Viena como dos unidades adicionales (HUBER, Ernst R, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Kohlhammer, Stuttgart, 1978, T. V, p. 1180).

³⁰WILLOWEIT, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5a ed., C.H. Beck, Munich, 2005, p. 362.

poderoso gobierno prusiano³¹. Esta propuesta chocó contra la decidida oposición los *Ländery*, la Constitución de Weimar se limitaría a consagrar la posibilidad de la reorganización de la división territorial por acuerdo de aquellos o a través de una reforma constitucional³².

El segundo proyecto fue dado a conocer el día posterior a las elecciones para la Asamblea Constituyente y mantenía la estructura centralizada, pero prescindiendo de la reorganización territorial explicada anteriormente. El proyecto confirmaba la forma de gobierno republicana y preveía un sistema parlamentario, en el cual el gobierno, encabezado por un canciller del Reino (*Reichskanzler*) requería de la confianza del Parlamento. Sin embargo, frente al Parlamento, el proyecto preveía la existencia de un presidente (*Reichspräsident*) elegido popularmente para un período de 10 años y con atribuciones sustanciales. Así, designaba y removía al *Reichskanzler* y, a propuesta de este, a los ministros, podía disolver el Parlamento cuando lo creyera oportuno y contaba con importantes facultades de emergencia. Estas atribuciones parecieron excesivas para algunos de los juristas invitados por Hugo Preuß a revisar el proyecto. Gerhard Anschütz, uno de los principales publicistas de la época, expresó: “La presidencia plebiscitaria, poseedora única de hecho del poder ejecutivo, no tolera a su lado un ministerio parlamentario. El presidente plebiscitario es de hecho demasiado fuerte para un parlamento, que no hará más que debatir y opinar”³³. Sin embargo, la posición central del Presidente del *Reich* en el sistema constitucional se mantuvo en el texto final de la Constitución de Weimar.

³¹HOLBORN, Hajo, *A History of Modern Germany: 1840-1945*, Princeton University Press, Princeton, 1982, T. 3, p. 540.

³² Para un relato contemporáneo de las dificultades que enfrentó la reorganización territorial del Reich, KOCH, Erich, “Die Neugliederung des Reichs”, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Vol. 15, N° 2 (1921/22), p. 277.

³³Citado por RICHTER, Ludwig, “Die Vorgeschichte des Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung”, *Der Staat*, Vol. 37, p. 18.

Como se indicó más arriba, el gobierno estaría a cargo de un gabinete presidido por el Canciller y sujeto a la confianza del Parlamento, el que podía removerlo mediante un voto de censura. El sistema que se planteaba era colegiado, debiendo adoptarse las decisiones por voto mayoritario dentro del gabinete. El poder legislativo se encargaba a un parlamento bicameral: una cámara elegida por el pueblo (*Volkshaus*) y una cámara elegida por los parlamentos de los *Länder* (*Staatenhaus*). El poder judicial estaría a cargo del *Reichsgericht*, en tanto que el proyecto preveía la existencia de un tribunal especial y no permanente para juzgar disputas constitucionales dentro de un *Land* o entre los *Länder*.

Frente a esa detallada estructura de gobierno, el primer proyecto prescindía casi totalmente de disposiciones sobre derechos fundamentales. Solamente incluía la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia y de culto y la protección de las minorías nacionales³⁴. Preuß sabía que Alemania necesitaba contar con una Constitución y un gobierno permanente en el menor tiempo posible³⁵. Concedor de las dificultades que enfrentó la Constitución de la *Paulskirche* para acordar una declaración de derechos, decidió omitirla en su proyecto para evitar repetir el fracaso de aquella. Su argumento fue que la experiencia de 1848 y su interminable debate sobre cada uno de los derechos, pondría en riesgo la imprescindible necesidad de mantener la unidad nacional³⁶. En cambio, concentró sus esfuerzos en el diseño de lo que entre nosotros denominamos parte orgánica de la Constitución o sea la organización de los poderes del Estado. Esta ausencia mereció la crítica de los especialistas y el segundo proyecto amplió notablemente la lista de derechos fundamentales reconocidos. Se agregaron la libertad de enseñanza y de investigación, la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación, el derecho de petionar, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y de

³⁴HUBER, *Deutsche Verfassungen...*, T. V, p. 1180.

³⁵HOLBORN, *A History...*, T. 3, p. 542.

³⁶HUBER, *Deutsche Verfassungen...*, T. V, p. 1179; JELLINEK, Walter, “El Proceso de Elaboración de la Constitución de Weimar”, en *La Constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 97.

la propiedad y el secreto de la correspondencia³⁷. Este catálogo de derechos fundamentales respondía así al tradicional esquema de declaraciones de derechos.

La presión de los distintos estados alemanes forzó al gobierno a convocar una reunión de representantes de esos estados. Como resultado de ella, se resolvió la formación de una comisión de los estados. En ella Prusia y Baviera manifestaron su oposición a la forma de estado centralizada prevista en los proyectos del Ministerio del Interior y propusieron numerosas reformas para proteger los derechos de cada uno de los estados alemanes. A los efectos de lograr la aprobación de la comisión de los estados, el gobierno preparó un tercer proyecto, en el que se aceptaron muchas de las sugerencias de aquella³⁸, si bien con la esperanza de que en la Asamblea Nacional se revirtieran estas modificaciones federales.

El tercer proyecto fue discutido por la comisión de los estados entre el 18 y el 20 de febrero de 1919 bajo la presidencia de Preuß. El 21 de febrero Preuß presentó el cuarto proyecto, que recogía las modificaciones acordadas en la comisión de los estados, a la Asamblea Nacional. Luego de la primera lectura del proyecto de Constitución, el mismo fue girado a la Comisión de Constitución, integrada por 28 diputados, de los cuales 22 pertenecían a los partidos que formaban parte del gobierno y los restantes 6 a la oposición. Esa Comisión presentó un proyecto revisado (conocido como quinto proyecto), el que fue debatido en el pleno entre el 2 y el 22 de julio de 1919. Entretanto, la negociación del tratado de paz con los países de la Entente generó una grave crisis de gobierno, por la cual la Deutsche Demokratische Partei abandonó la coalición, que estuvo a punto de derrumbarse. En el debate del quinto proyecto se realizaron varias modificaciones al texto, que tuvieron como resultado el sexto proyecto.

El 31 de julio de 1919 se efectuó la votación del texto definitivo de la Constitución, en la que tomaron parte 338

³⁷HUBER, *ibidem*, p. 1181.

³⁸ En este proyecto se abandonó la idea de la partición de Prusia.

diputados de un total de 420. La Constitución de Weimar fue aprobada por 262 votos a favor, 75 votos en contra y una abstención. Un dato llamativo es que, de los 82 diputados ausentes, 43 pertenecían al SPD, el partido mayoritario del gobierno, lo que representaba más de un cuarto del total de los diputados de ese partido. A ellos se sumaban otros 12 diputados de los otros partidos que formaban la coalición de gobierno. Nacía así la Constitución de Weimar.

4. Las principales disposiciones de la Constitución

La Constitución de Weimar tiene un breve preámbulo y luego dos partes principales: primera parte *Organización y Funciones del Reich* y segunda parte *Derechos y Deberes Fundamentales de los Alemanes*. Cada una de esas partes está a su vez dividida en capítulos. Los capítulos de la primera parte son los siguientes: 1. El *Reich* y los *Länder*; 2. El *Reichstag*; 3. El Presidente del *Reich* y el gobierno; 4. El *Reichsrat*; 5. La legislación del *Reich*; 6. La administración del *Reich*; 7. La administración de justicia. La segunda parte se divide en los siguientes capítulos: 1. El individuo; 2. La vida en sociedad; 3. Religión y cultos; 4. Educación y escuela; 5. Vida económica.

El amplio catálogo de derechos, que se analizará con mayor detalle más adelante, constituía una rareza para la época. En cuanto a la organización de los poderes, la Constitución de Weimar adoptó la forma republicana y parlamentaria. El segundo párrafo del artículo 1 disponía expresamente que el poder emana del pueblo, lo que implicaba adoptar el sistema democrático.

A diferencia de lo que preveía el proyecto original de Preuß, el texto definitivo de la Constitución mantuvo la forma federal. Inicialmente había 24 *Länder*, los que para 1920 se habían reducido a 20 por la fusión de algunos y la absorción de otros por Turingia, Baviera y Prusia. Sin embargo, el federalismo alemán fue mucho más centralizado de lo que era hasta la sanción de la Constitución de Weimar. Los antiguos estados soberanos se convirtieron ahora

en integrantes no soberanos del *Reich*, al cual estaban subordinados³⁹. La República se constituyó, así, en un estado mucho más centralizado que la monarquía a la que reemplazó. Eso ha llevado a algunos a denominarlo una federación unitaria⁴⁰. Schmitt, por su parte, lo consideró un estado federal sin fundamentos federales⁴¹, ya que niega el carácter de unidad política a los estados federados. Esta caracterización de Schmitt de la República de Weimar es muy cuestionable y no parece tener apropiados fundamentos.

En virtud de la nueva organización constitucional, Prusia perdió gran parte de la hegemonía que le garantizaba la vieja Constitución de Bismarck de 1871⁴². Así, el *Reichsrat*, órgano legislativo en el cual estaban representados los *Länder* de acuerdo con su población, limitó la cantidad de votos a un máximo de dos quintos del total. Prusia tenía el 61,1% de la población del *Reich* y el 62,2% de su territorio. Los representantes de los *Länder* en el *Reichsrat* eran designados por los gobiernos de cada *Land*, excepto en el caso de Prusia, en el que solamente la mitad de ellos representaba al gobierno y la otra mitad a las provincias en las que aquella se dividía.

No obstante, esta pérdida de hegemonía fue más teórica que real y Prusia conservó una posición prevalente en la República de Weimar, una hegemonía fáctica al decir de algunos autores⁴³. Los conflictos entre la poderosa administración prusiana y la del *Reich* fueron permanentes e hicieron eclosión con la intervención de

³⁹STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, C.H. Beck, Munich, 2002, p. 119.

⁴⁰Ibidem, p. 118.

⁴¹SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, 10ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2010, p. 389. Esta obra se publicó originariamente en 1928. Existe una traducción al castellano hecha por Francisco Ayala en 1934 y editada por la Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid. Se sigue el texto de la versión original en alemán.

⁴²FROTSCHER, Werner y PIEROTH, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, C.H. Beck, Munich, 2005, p. 260.

⁴³HUBER, *Verfassungs...*, T. VI, p. 64.

Prusia por parte del gobierno de von Papen el 20 de julio de 1932. Bühler expresaba en 1929 que “Prusia tiene todavía un poder excesivamente grande para que su influencia en la dirección del *Reich* pueda soslayarse artificiosamente como prevé la Constitución. De aquí que no deba extrañarnos el hecho de que notemos actualmente que incluso sin disposiciones constitucionales, Prusia haya vuelto a conquistar de hecho una importante influencia en la dirección del *Reich*”⁴⁴.

La Constitución de Weimar imponía, en su artículo 17, la obligación de que los *Länder* tuvieran una constitución republicana, con elección de autoridades a través de sufragio universal, igual, directo y secreto y con aplicación de la representación proporcional. Esta norma consagra un principio similar al del artículo 5 de la Constitución argentina, imponiendo a las unidades integrantes del estado federal ciertas obligaciones mínimas.

El régimen constitucional de Weimar preveía cuatro órganos de gobierno principales: el *Reichstag* o parlamento, el Presidente del *Reich*, el gobierno del *Reich* y el ya mencionado *Reichsrat*. El *Reichstag* era el órgano legislativo principal y era elegido popularmente. La Constitución preveía el empleo del sistema proporcional, el que se aplicó durante toda la República de Weimar sin ningún tipo de mínimo. Ello llevó a un enorme fraccionamiento. Partidos con muy pocos votos lograban obtener representación en el *Reichstag*. Estos partidos, en muchos casos, tenían visiones muy radicalizadas, lo cual impedía la formación de coaliciones estables. La duración del mandato de los diputados era de cuatro años, salvo que fuese disuelto con anterioridad por el Presidente.

El órgano legislativo se completaba con el *Reichsrat*, integrado, como se explicó anteriormente, por representantes de los distintos *Länder* en base a su población, pero con un límite máximo, lo que acotaba, al menos en teoría, la influencia prusiana.

⁴⁴BÜHLER, Ottmar, *La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919*, Ed. Labor, Barcelona, 1931, p. 161. La versión original en alemán, en su tercera edición, es de 1929.

El *Reichsrat* tenía poderes muy limitados y, si bien participaba en el proceso de sanción de las leyes, su oposición a las normas aprobadas por el *Reichstag* podía ser superada por este con el voto de las dos terceras partes. De esta manera, el *Reichsrat* se ubicaba en una posición claramente inferior.

La administración de justicia era confiada a los tribunales, que se dividían en el *Reichsgericht* o Corte Suprema⁴⁵ y los tribunales de los *Länder*. La Constitución no preveía la existencia de tribunales del Reich distintos del *Reichsgericht* o de los tribunales en lo contencioso administrativo a ser creados. El *Reichsgericht* estaba integrado por 102 jueces, divididos en salas o *Senate* con competencia civil o penal.

La Constitución también preveía la existencia de un tribunal constitucional con jurisdicción restringida, denominado *Staatsgerichtshof* o Tribunal de Estado. Este no era un tribunal permanente, sino que se formaba para cada oportunidad y era presidido por el Presidente del *Reichsgericht*. Su jurisdicción estaba limitada exclusivamente a conflictos constitucionales dentro de un *Land* en el que no hubiera un órgano previsto para su resolución, a conflictos entre un *Land* y el *Reich* y entre los distintos *Länder*. Si bien se atribuyó a sí mismo el carácter de guardián de la Constitución⁴⁶, lo cierto es que su actuación no tuvo la importancia de los actuales tribunales constitucionales. Su sentencia más famosa y quizá más lamentable, fue la recaída en la causa *Preußen contra Reich*, por el conflicto constitucional provocado por la intervención decretada por el Presidente von Hindenburg a instancias del canciller von Papen en julio de 1932. La sentencia del *Staatsgerichtshof* no resolvió la disputa, ya que, si bien reconoció que la deposición del gobierno de Prusia era

⁴⁵ Esta expresión debe ser tomada con prudencia, ya que este tribunal no tenía carácter de revisor de otros tribunales igualmente supremos, tales como el *Reichsfinanzhof*, competente en temas de impuestos y aduanas, o el *Reichsversicherungsamt*, con competencia en temas de seguridad social.

⁴⁶ Sentencia del 15 de octubre de 1927.

contraria a la Constitución, permitió el mantenimiento del Comisario del Reich para administrar el *Land*⁴⁷.

Frente al *Reichstag* la Constitución de Weimar posicionó un presidente elegido por voto popular, lo cual le otorgaba una importante legitimidad. Además, su mandato se extendía a siete años con posibilidad de reelección indefinida, superando así ampliamente el mandato del *Reichstag*. El régimen de Weimar colocó al Presidente del Reich en una posición de contrapeso al *Reichstag*. Su elección por voto popular le otorgaba esa posición de gran relevancia. A eso se sumaban sus facultades de disolución del *Reichstag*, de convocar a un referéndum respecto de una ley aprobada por el *Reichstag* dentro del plazo de un mes, de intervención de los *Länder* y de emitir disposiciones de urgencia, suspendiendo, de ser necesario, varias de las libertades fundamentales reconocidas por la Constitución. Como se verá más adelante, en la última etapa de la República de Weimar la combinación entre la disolución del *Reichstag*, la designación de gabinetes sin respaldo parlamentario y el ejercicio de los poderes dictatoriales por el Presidente del Reich, lo convirtieron en la figura central en Alemania.

La República de Weimar tuvo dos presidentes: Friedrich Ebert, líder del Partido Socialdemócrata, quien fue designado por la Asamblea Nacional en 1919, y Paul von Hindenburg, el mismo mariscal que había ejercido poderes dictatoriales durante la segunda parte de la Primera Guerra Mundial. Ebert murió en forma repentina el 28 de febrero de 1925, lo que hizo necesario que se convocara a una elección para elegir a su reemplazante. El sistema de elección era extremadamente complicado. En primera vuelta era necesario obtener la mayoría absoluta. En caso contrario, debía recurrirse a una segunda vuelta, pero con la particularidad de que en ella podían presentarse candidatos que no hubieran participado en la primera elección. Así, Hindenburg, quien no había participado en la primera vuelta electoral, se impuso a Wilhelm Marx,

⁴⁷HECKEL, Johannes, "Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. 10. 1932 in dem Verfassungstreit Reich-Preußen", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 62, N° 2 (1933), p. 183; BECK, Earl, *The Death of the Prussian Republic*, The Florida State University, Tallahassee, 1959, pp. 121 y sgtes.

candidato de los partidos republicanos. En la siguiente elección, en 1932, Hindenburg, quien ya tenía 84 años, enfrentó entre otros candidatos a Adolf Hitler. Si bien se impuso en primera vuelta con el 49,5% de los votos, al no alcanzar la mayoría absoluta fue necesario realizar una segunda elección. En ella Hindenburg derrotó a Hitler por 53,1% de los votos contra 36,8%.

La organización constitucional del poder se completa con el gobierno. La principal novedad de la Constitución de Weimar respecto del sistema de Bismarck fue que el gabinete recibió un expreso reconocimiento constitucional. Requería de la confianza del *Reichstag*, el que podía forzar la renuncia del gabinete entero o de alguno de los ministros individualmente a través de un voto de censura. El gabinete estaba previsto como un cuerpo colegiado en el que el Canciller del *Reich* o *Reichskanzler* fijaba las líneas generales de la política, siendo responsable por ello ante el *Reichstag*.

La inestabilidad gubernamental fue una de las características de la República de Weimar. En sus 14 años de vida⁴⁸ tuvo 21 gabinetes diferentes. En los últimos tres años los gabinetes fueron designados por el Presidente Hindenburg sin contar con respaldo parlamentario. Se los conoció como gabinetes presidenciales o *Präsidentalkabinette*. Los gabinetes encabezados por Brüning, von Papen, von Schleicher y Hitler fueron gabinetes presidenciales y funcionaron a través de una combinación de disposiciones presidenciales de urgencia y de disoluciones parlamentarias. El resultado fue la destrucción del sistema constitucional de Weimar.

⁴⁸ Si bien es difícil establecer fechas con precisión, el primer gabinete encabezado por Scheidemann fue designado el 13 de febrero de 1919. El fin de la República puede fijarse, no sin discusión, el 24 de marzo de 1933, fecha en la que se aprobó la Ley Habilitante que concedía a Hitler poderes dictatoriales.

5. Los derechos fundamentales

El aspecto más conocido de la Constitución de Weimar es quizá la inclusión de un amplio catálogo de derechos denominados sociales. Sin embargo, en general se ignora el contenido exacto de ese catálogo de derechos⁴⁹. Como se indicó anteriormente, el proyecto original de Preuß no preveía una declaración de derechos, por el temor a que las discusiones en la Asamblea Nacional alargaran indefinidamente la sanción de la Constitución. Sin embargo, la Asamblea decidió incluir esa declaración de derechos, no sin oposición⁵⁰. Se ha sostenido que, como consecuencia de la caída de la monarquía, fue necesario ampliar la lista de derechos reconocidos y pasar de derechos que requerían una abstención del Estado, a unos derechos positivos, que justificaran la existencia del Estado⁵¹. De garantizar a los ciudadanos un mínimo de libertad individual frente al monarca⁵², pasaron a incluir prestaciones por parte del Estado a favor de los individuos.

La mayoría de la Asamblea Nacional tomó como punto de partida a los derechos fundamentales incluidos en la fallida Constitución de la Iglesia de San Pablo, ampliándolos en diversas direcciones. Si bien esa declaración de derechos había sido considerada siempre como un hito en el constitucionalismo alemán, la segunda parte de la Constitución de Weimar, con su extensa

⁴⁹ Alfredo L. Durante incluye en su libro dedicado al constitucionalismo social, una útil comparación entre las disposiciones de la Constitución de Weimar y de la Constitución de México de 1917 (DURANTE, *Lecciones...*, pp. 93 a 100).

⁵⁰ En un artículo publicado en la *Deutsche Juristen-Zeitung* el 1 de agosto de 1919, Erich Koch, diputado de la Asamblea Nacional e integrante de la Comisión de Constitución, criticó abiertamente la inclusión de un catálogo de derechos. Entre otros reproches, Koch afirmó: "La deliberación sobre los derechos fundamentales, a ser incluidos en ella [la Constitución], ha insumido meses en la Comisión y en el pleno de la Asamblea y hoy no ha terminado. Ya una vez el debate de una Constitución, la de 1848, quedó atascado por los derechos fundamentales" (KOCH, Erich, "Die Grundrechte in der Verfassung", *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1919, columna 609).

⁵¹ KRÖGER, Klaus, *Grundrechtsentwicklung in Deutschland – von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1998, p. 49.

⁵² BÜHLER, *La Constitución...*, p. 110.

enumeración de los derechos y deberes fundamentales de los alemanes, era una novedad⁵³.

De particular importancia es la ubicación del principio de igualdad ante la ley como primer artículo de la declaración de derechos y deberes de la Constitución de Weimar (art. 109). Hombres y mujeres tenían, en lo esencial, idénticos derechos y deberes bajo la Constitución. A partir de allí, la Constitución enumera en primer término las libertades clásicas: el derecho a la ciudadanía (art. 110), la libre circulación (art. 111), la libertad de emigración y la prohibición de extradición (art. 112), la protección de las minorías nacionales (art. 113), la inviolabilidad de la persona (art. 114) y del domicilio (art. 115), el principio del *nulla poena sine lege* (o principio de tipicidad) y de la irretroactividad de la ley penal (art. 116), la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones privadas (art. 117), la libertad de prensa y la prohibición, si bien con ciertas limitaciones, de la censura (art. 118), la libertad de reunión (art. 123), la libertad de asociación (art. 124), la libertad de sufragio, que incluye la garantía del voto secreto (art. 125), el derecho de petición (art. 126), la libertad de conciencia y de culto (art. 135) y el derecho de propiedad (art. 153).

Gran parte de la doctrina alemana siguió la división tripartita de Schmitt, en la que se distingue entre derechos fundamentales propiamente dichos, institutos de garantía y garantías institucionales⁵⁴. Para Schmitt los derechos fundamentales son en realidad únicamente los clásicos derechos de libertad personal, igualdad y propiedad. Los institutos de garantía son aquellos que permiten al individuo desarrollar su vida en relación con otros individuos. Por su parte, cuando la Constitución otorga una especial protección a ciertas instituciones jurídicas, no se trata propiamente de derechos fundamentales, ya que “la

⁵³ Huber sostiene que, si bien los derechos fundamentales no eran un concepto novedoso en el derecho alemán, ya que habían sido reconocidos en la legislación imperial y en varias constituciones de los *Länder*, su inclusión en la Constitución de Weimar fue un hecho trascendente (HUBER, *Deutsche Verfassungs*, T. VI, p. 95).

⁵⁴SCHMITT, *Verfassungslehre*, pp. 163 y sgtes.

estructura de esas garantías es totalmente distinta lógica y jurídicamente de las libertades constitucionales”⁵⁵. Estas son las garantías institucionales. El autor agrega que “incluso cuando la garantía institucional está ligada a derechos subjetivos del individuo o de corporaciones, lo que no ocurre necesariamente en todos los casos, no estamos en presencia de derechos fundamentales. La garantía institucional está limitada por definición. Existe solamente dentro del Estado y no se basa en la idea de una esfera de libertad ilimitada, sino que concierne a una institución reconocida jurídicamente, que, como tal, es algo circunscripto y delimitado, al servicio de determinado objeto y fines, aunque ese objeto no esté específicamente particularizado y permita una cierta *universalidad del radio de acción*.”⁵⁶

En otro de sus escritos, Schmitt sostenía que “la Constitución de Weimar contiene, en la parte de Derechos y Deberes Fundamentales de los alemanes, además de las típicas garantías de libertad, muchas otras proposiciones y disposiciones, que hacen que los derechos fundamentales en aquél sentido constituyan una parte cuantitativamente insignificante del capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución”⁵⁷. La caracterización de Schmitt es bastante objetable y oscura y parece obedecer más a un rechazo de las específicas disposiciones de la Constitución de Weimar, que a una real clasificación jurídica. A través de una interpretación forzada, Schmitt pretende reescribir la segunda parte de la Constitución de Weimar para acomodarla a sus preferencias, algo muy similar a lo que sucede actualmente con las corrientes de interpretación jurídica que desprecian el texto de la norma bajo el seductor ropaje de interpretación axiológica o

⁵⁵SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 170.

⁵⁶SCHMITT, *Verfassungslehre*, pp. 170 y 171.

⁵⁷SCHMITT, Carl, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, Reimer Hobbing, Berlín, 1931, p. 3.

“principalista”, ponderación, neoconstitucionalismo, *living constitutionalism* o mejor luz⁵⁸.

Schmitt se muestra sumamente crítico de la enumeración de derechos contenida en la Constitución de Weimar, a la que califica de heterogénea, incoherente y excesivamente ambiciosa⁵⁹. Esta crítica fue compartida, al menos en una primera etapa de la República de Weimar, por gran parte de la doctrina alemana. Hofacker, por ejemplo, afirma que “no hay dudas de que la Constitución del *Reich* del 11 de agosto de 1919 contiene, junto a enunciados jurídicos autónomos y vinculantes, enunciados meramente descriptivos, declaraciones programáticas, promesas generales, principios, declaraciones, disposiciones accesorias e incompletas”⁶⁰.

Stolleis distingue tres períodos diferentes en la interpretación de los derechos fundamentales durante la República de Weimar⁶¹: una primera etapa entre 1919 y 1924 aproximadamente, en la que se observa una mezcla de crítica e inobservancia de los derechos fundamentales. La segunda etapa iría desde 1924 a 1930, en la que los derechos fundamentales comienzan a ser reconocidos como derechos públicos subjetivos con rango superior a las leyes y la doctrina hace intentos por sistematizarlos. Sin embargo, como se analizó anteriormente, esa sistematización en algunos casos pretende negar valor constitucional a algunos derechos fundamentales. La última etapa coincide con los gabinetes presidenciales, que no gozan de apoyo parlamentario. En ella, los derechos fundamentales son usados

⁵⁸ Esto no debe sorprender, ya que la ponderación y el neoconstitucionalismo tienen su origen en corrientes autoritarias de esa época. Una visión crítica del actual desarrollo de las teorías de interpretación puede encontrarse en el excelente libro de ROSLER, Andrés, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz, Buenos Aires, 2019.

⁵⁹SCHMITT, *Freiheitsrechte...*, p. 1. Schmitt utiliza la palabra “Pleonexie” cuya traducción aproximada sería ambición desmedida.

⁶⁰HOFACKER, Wilhelm, *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, Kohlhammer, Stuttgart, 1926, p. 7.

⁶¹STOLLEIS, Michael, *Geschichte...*, p. 110.

como arma de combate para resistir los decretos de urgencia del Presidente del *Reich*. Stolleis explica que para los defensores de la República, los derechos fundamentales constituían el núcleo de la Constitución. Para sus enemigos, eran un resabio de las revoluciones burguesas del siglo XIX, los que desaparecerían en la sociedad del futuro⁶².

Una de las controversias que rodeó a los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar, fue su utilización como límite contra el legislador. Se repetía así aquélla paradoja de la Revolución Francesa, que surgió como reacción al absolutismo monárquico para reemplazarlo por el absolutismo de la Asamblea Nacional. Se coloca al legislador, integrado por los inspiradores de la Revolución, en el centro de la estructura constitucional, con absoluta libertad para avanzar en la transformación total de las estructuras del Antiguo Régimen. Como lo explica Jiménez Asensio, “esa superioridad del Legislativo tenía como consecuencia derivada la inexistencia de jerarquía alguna entre Constitución y ley ordinaria, pues esta última era expresión de la voluntad general y aquélla una ley más que servía para codificar determinados principios de las relaciones políticas”⁶³.

Muchos doctrinarios en la República de Weimar tuvieron una posición parecida, agudizada por la enorme desconfianza hacia unos jueces que habían sido heredados del viejo imperio y que, en su gran mayoría, eran extremadamente conservadores. Hermann Heller, brillante constitucionalista socialista, afirmaba lo siguiente: “Es significativo que ahora desde la Revolución el gobierno burgués pueda verse amenazado por el principio de igualdad; ahora son los profesionales del derecho los que quieren ver una prohibición de arbitrariedad para la legislatura en este principio de igualdad y los abogados democráticos se oponen a ella y se aferran a la vieja interpretación. La importancia política eminente de este cambio de punto de vista en la jurisprudencia conservadora solo se

⁶²Ibidem.

⁶³JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El Constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 71.

puede entender en relación con el tremendo aumento del poder político que los jueces han conquistado en Alemania con una sentencia del *Reichsgericht* indudablemente incorrecta desde el punto de vista legal. Con la decisión del 4 de noviembre de 1925⁶⁴, la burocracia judicial afirmó exitosamente la atribución de revisar todas las leyes por su conformidad material con la Constitución y lo justificó con la afirmación descaradamente incorrecta de que siempre había tenido esa facultad. Por el momento, el hecho de que los jueces, la mayoría de los cuales son de las clases dominantes, verifiquen la conformidad de las leyes con el principio de igualdad, ha creado una garantía efectiva contra la posibilidad de que Legislatura popular convierta al estado liberal en un estado social de derecho”⁶⁵.

La queja de Heller es que la Constitución, que fue producto de la revolución, se use ahora en su contra. Eso parece justificar para Heller torcer la interpretación constitucional, para hacerle decir lo que convenga de acuerdo con las circunstancias históricas y políticas. Muy similar a las tesis defendidas hoy en día por muchas corrientes de interpretación que primero determinan cuál es el resultado deseado y luego acomodan los argumentos para justificarlo. Lo que Heller no advertía es que su tesis implicaba negar toda jerarquía a la Constitución y dejarla a merced del legislador.

Como en otros aspectos, la Constitución de Weimar no cumplió con las expectativas que su amplio listado de derechos fundamentales había generado. Si bien hubo avances en diversos aspectos, muchos otros permanecieron sin desarrollo legislativo y quedaron como meras expresiones de deseos. La distancia entre el texto constitucional y la realidad provocó un descreimiento en muchos sectores sociales y un deterioro de la confianza en la República y en el texto constitucional que le servía de base. Esta es otra de las lecciones de la Constitución de Weimar: así como la

⁶⁴ Se refiere a la sentencia del *Reichsgericht* en la cuestión de la revalorización de las deudas por causa de la inflación, RG 621/24.

⁶⁵HELLER, Hermann, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1930, p. 9.

inflación destruye el valor de la moneda, la inflación de derechos destruye el valor de la Constitución.

6. El artículo 48 y los poderes de emergencia del Presidente del Reich

Quizá la disposición más célebre y controvertida de la Constitución de Weimar sea su artículo 48⁶⁶. Esa norma establecía los poderes de emergencia del Presidente del Reich y su extendido uso es señalado por muchos como una de las causas principales, si bien no la única, del colapso del régimen parlamentario en Alemania en 1933⁶⁷. Con cierta razón se dijo en su época que el artículo 48 era una de las pocas disposiciones de una Constitución que era conocida en el mundo entero por su número y no por su contenido⁶⁸.

El referido artículo disponía lo siguiente:

Cuando un Land incumpla sus obligaciones bajo la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede imponerlas con ayuda de la fuerza armada.

Cuando la seguridad y el orden públicos en el Reich alemán estén gravemente alterados o amenazados, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas que sean necesarias para restaurar la seguridad y el orden públicos, con el auxilio de la fuerza armada en caso de ser necesario. A tal efecto puede suspender en forma provisional, total o

⁶⁶RICHTER, "Die Vorgeschichte...", Vol. 37, p. 1.

⁶⁷BRACHER, Karl D., *The German Dictatorship*, Penguin, Londres, 1970, p. 69; BRACHER, Karl D., SAUER, Wolfgang y SCHULZ, Gerhard, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Springer, Wiesbaden, 2ª ed., 1969, p. 34; BRAUNTHAL, Gerard, "Emergency Legislation in the Federal Republic of Germany", en STEELE COMMAGER, Henry et al, *Festschrift für Karl Loewenstein*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1971, p. 74; ROSSITER, *Constitutional...*, p. 33.

⁶⁸ROGERS, Lindsay, SCHWARZ, Sanford y KALTCHAS, Nicholas S., "German Political Institutions. II. Article 48", *Political Science Quarterly*, Vol. 47, N° 4 (1932), p. 577.

parcialmente, los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

El Presidente del Reich debe comunicar en forma inmediata al Reichstag las medidas adoptadas en virtud del primer y segundo párrafo de este artículo. Las medidas deben ser dejadas sin efecto a pedido del Reichstag.

En caso de peligro, el gobierno de un Land puede adoptar las medidas previstas en el párrafo 2 en su territorio. Las medidas deben ser dejadas sin efecto a pedido del Presidente del Reich o del Reichstag.

Una ley del Reich regulará los detalles.

La simple lectura de la disposición muestra que los poderes otorgados al Presidente del *Reich* son muy amplios y fueron denominados facultades dictatoriales⁶⁹. Esta denominación requiere algunas precisiones: en la actualidad, hablar de facultades dictatoriales bajo una Constitución parece un contrasentido. Sin embargo, cabe recordar que el instituto de la dictadura encuentra sus raíces en Roma o tal vez antes⁷⁰ y estaba específicamente previsto en las leyes⁷¹. El propio Hamilton hace referencia a la dictadura romana en *El Federalista* N° 70, al justificar la necesidad de un ejecutivo fuerte⁷². Ese concepto de dictadura implicaba, como lo afirma el propio Preuß, el ejercicio de atribuciones

⁶⁹La identificación como dictadura comenzó antes de la sanción de la Constitución de Weimar (RICHTER, “Die Vorgeschichte...”, p. 3). Por ejemplo, Laband utiliza la expresión “dictadura militar” en la 5ª edición de su tratado (LABAND, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1914, p. 44).

⁷⁰MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, Hirzel, Leipzig, 1874, T. II, vol. 1, p. 125; ROSSITER, *Constitutional...*, p. 15; WALKER KEYES, Clinton, “The Constitutional Position of the Roman Dictatorship”, *Studies in Philology*, Vol. 14, p. 298. El propio Rousseau, con expresa referencia a Roma, admite la dictadura constitucional en casos en que esté en peligro la existencia del Estado (ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, JM Ediciones, Madrid, 2000, Libro Cuarto, Capítulo VI, p. 139).

⁷¹MANSFIELD, Harvey C., *Taming the Prince*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1993, p. 82.

⁷²HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *The Federalist on the New Constitution written in 1788*, Masters, Smith & Co, Hallowell, 1857, p. 322.

constitucionales por parte del Presidente del *Reich*⁷³. Esa idea de una dictadura como una de las formas de ejercicio del gobierno constitucional, estaba largamente extendida en la doctrina de esa época⁷⁴.

La inclusión del artículo 48 en la Constitución fue producto de la necesidad de la época. Así lo declaró el diputado Ablass en la Asamblea Nacional: “En el artículo 49 [que corresponde al artículo 48 del texto final] el Presidente del *Reich* obtuvo una atribución completamente nueva. Es por un lado la atribución de restaurar el orden y la seguridad públicos, con ayuda de la fuerza armada en caso necesario y además la atribución de suspender eventualmente total o parcialmente los derechos fundamentales. Ambas atribuciones son muy amplias. Pero cuando observamos los sucesos de nuestros días, advertiremos que han nacido de la necesidad de la época y que ponen en manos del Presidente una herramienta poderosa, de la que no puede prescindir bajo ninguna circunstancia. Me alegro mucho de este fortalecimiento de su poder”⁷⁵.

Sin embargo, el otorgamiento de amplias facultades al Presidente del *Reich* también generó importantes resistencias. Proféticamente, Richard Fischer, portavoz del SPD en la Asamblea Nacional, afirmó: “No debemos dejarnos influir por la idea de que un socialdemócrata [Friedrich Ebert] desempeña hoy el cargo de Presidente del *Reich*. Así como la anterior Constitución estaba hecha a la medida del Canciller Bismarck, la actual no debe ser hecha a la medida del Presidente Ebert. Debemos contar con el hecho de que un día otro hombre de otro partido, quizá de un partido que añora un golpe de estado, estará en ese puesto.

⁷³PREUB, Hugo, “Reichsverfassungsmässige Diktatur”, *Zeitschrift für Politik*, Vol. 13, p. 97.

⁷⁴ Entre muchos, PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 426 (el libro se escribió originalmente entre 1936 y 1939).

⁷⁵Aktenstücke zu den Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung 1919, Acta N° 391, p. 233. Puede consultarse en https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_wv_bsb0000020_00235.html. Fecha de consulta 10/02/20.

Debemos prever esos casos, sobre todo porque la historia de otras repúblicas nos brinda ejemplos muy instructivos⁷⁶.

Las facultades extraordinarias no fueron concedidas sin control y la propia Constitución preveía ciertas limitaciones. Por un lado, el último párrafo del artículo 48 disponía que las mismas fueran reglamentadas por una ley. Lamentablemente, como sucede habitualmente, esa ley nunca fue sancionada⁷⁷. Otra salvaguarda prevista en el artículo 48 es que las medidas adoptadas por el Presidente del *Reich* en virtud de ese artículo, debían ser comunicadas al *Reichstag* el que podía dejarlas sin efecto. A esto se sumaba que todas las disposiciones que emitiera el Presidente del *Reich* debían contar con el refrendo ministerial. Teniendo en cuenta que la Constitución exigía que los ministros contaran con el respaldo legislativo, el *Reichstag* poseía otra atribución para limitar el poder del Presidente, al menos en teoría.

La doctrina alemana interpretó mayoritariamente que las facultades extraordinarias del artículo 48 no autorizaban al Presidente del *Reich* a violar la Constitución, con excepción de la posibilidad de suspender temporalmente la vigencia de algunos derechos fundamentales expresamente enumerados en la segunda oración del segundo párrafo del artículo 48⁷⁸. La exégesis usual buscaba limitar las atribuciones presidenciales. Sin embargo, en la Segundas Jornadas de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público en Jena en 1924, las presentaciones de Carl Schmitt y de Erwin Jacobi formularon una interpretación amplia del artículo 48, lo que dio lugar a un encendido debate en la doctrina⁷⁹.

⁷⁶HEILFRON, *Die deutsche...*, Vol. 2, p. 925, 17ª sesión del 28 de febrero de 1919.

⁷⁷ En idéntico error incurrió la reforma constitucional Argentina de 1994, cuando delegó en una ley la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia.

⁷⁸ Entre otros, GRAU, Richard, *Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung*, pp. 52 y sgtes.; PREUB, Hugo, “Reichsverfassungsmässige...”, p. 105.

⁷⁹ STIER-SOMLO, Fritz, “Die zweite Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 46, N° 1 (1924), p.p. 91 y 92.

Schmitt afirmó que la omisión del *Reichstag* de sancionar la ley que debía regular las facultades del Presidente del *Reich* bajo el artículo 48, no impedía ni limitaba las atribuciones de este. Luego de criticar la interpretación predominante, Schmitt agregó que la enumeración de derechos del segundo párrafo del artículo 48 que el Presidente podía suspender, era meramente enunciativa y no taxativa. Así, en opinión de Schmitt, el Presidente del *Reich* podía suspender cualquier derecho fundamental, estuviera o no enumerado en el referido segundo párrafo⁸⁰. Schmitt llega a esa conclusión a través de una lectura segmentada del artículo 48. Primero afirma que hasta que no se sancione la ley reglamentaria prevista en el último párrafo, el Presidente del *Reich* puede ejercer las facultades previstas en el primer párrafo. Luego, si bien admite en teoría que la enumeración del segundo párrafo de derechos que pueden ser suspendidos es taxativa, acto seguido afirma que eso solamente se refiere a una suspensión general. Si un derecho no enumerado en el segundo párrafo es violado por una disposición adoptada por el Presidente del *Reich* en virtud del primer párrafo, eso no implica para Schmitt suspender el derecho. Schmitt elude así lo expresamente dispuesto por el artículo 48 y, en la práctica, convierte a la enumeración del segundo párrafo en meramente enunciativa. Esto ampliaba enormemente las atribuciones presidenciales. En esa opinión de Schmitt se advierte ya la oposición entre el texto constitucional y la Constitución, concepto que el autor desarrollaría en su Teoría de la Constitución⁸¹.

Erwin Jacobi coincidió con las conclusiones de Schmitt y agregó que los decretos y otras medidas adoptadas por el Presidente del *Reich* en virtud del artículo 48 no estaban sujetas a control

⁸⁰SCHMITT, Carl, "Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, de Gruyter, Berlín, 1965 (reimpresión), Vol. 1, p. 63.

⁸¹ El tema excede largamente los límites de este trabajo. Baste indicar, de manera harto simplificada, que Schmitt distingue entre el concepto absoluto de Constitución, que significa la situación total de la unidad y ordenamiento político del Estado, pero también un sistema cerrado de normas, es decir una unidad, pero no una unidad concreta sino ideal, por un lado, y el concepto relativo de Constitución, que la entiende como específica y concreta ley constitucional, lo que para Schmitt implica una idea meramente formal de Constitución (*Verfassungslehre*, capítulos 1 y 2).

judicial respecto de la existencia o no de una alteración o amenaza considerable para el orden y la seguridad públicos, el peligro existente o la necesidad o adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a la emergencia⁸². En la práctica, esto implicaba sostener que el Presidente tenía absoluta discreción para tomar las medidas que considerara necesarias cuando lo estimara conveniente.

Las exposiciones de Schmitt y de Jacobi encontraron poco eco entre los restantes profesores de derecho público presentes en la jornada. La mayoría de ellos se manifestó en contra de su interpretación. Según Stier-Somlo, además de él, los profesores Piloty, Nawiasky, von Jagemann, Triepel, Thoma, Fleischmann, Anschütz, Koellreutter⁸³ y Jellinek (Walter) rechazaron las tesis de Schmitt y Jacobi⁸⁴. Por ejemplo, se sostuvo que el control judicial procedía como mínimo cuando el Presidente hubiera excedido claramente sus facultades y las medidas adoptadas fueran ajenas al propósito de control de una situación de emergencia⁸⁵. También se cuestionó la interpretación de Schmitt y Jacobi de los orígenes de la institución prevista en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que daba sustento a su interpretación⁸⁶. Nawiasky publicó tiempo más tarde un largo artículo para rebatir las tesis Schmitt y Jacobi⁸⁷.

Más allá de toda esa oposición, las opiniones de Schmitt y Jacobi encontraron un campo fértil en la práctica constitucional de

⁸²JACOBI, Erwin, “Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung“, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, de Gruyter, Berlín, 1965 (reimpresión), Vol. 1, p. 105.

⁸³ Esta oposición es llamativa, teniendo en cuenta que en ese momento Koellreutter integraba una organización de tendencia autoritaria denominada *Stahlhelm* y años más tarde se convertiría en un convencido nacionalsocialista.

⁸⁴STIER-SOMLO, “Die zweite...”, p. 95.

⁸⁵ *Veröffentlichungen der...*, Vol. 1, p. 138.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷NAWIASKY, Hans, “Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 48, N° 1 (1925), p. 1.

Weimar. El Presidente del *Reich* ejerció con amplitud las facultades del artículo 48 cada vez que lo juzgó oportuno. A partir de 1930, la situación se agravó debido a la designación de gabinetes presidenciales que no contaban con respaldo en el *Reichstag*. Estos recurrieron cada vez más a los decretos de emergencia del Presidente para implementar sus políticas ante la oposición parlamentaria. A ello se sumó que la disolución del *Reichstag* impidió el ejercicio de sus facultades de control respecto de la legislación de emergencia dictada por el Presidente del *Reich*. Algún autor sostuvo la posibilidad de que esa facultad fuera ejercida por la comisión permanente (*ständiger Ausschuß*), comité legislativo que actuaba en defensa de los derechos del *Reichstag* durante su disolución, pero esa opinión fue minoritaria⁸⁸.

Este funcionamiento anormal del sistema era contrario a lo que los autores del texto constitucional tenían en mente. En las discusiones de la Comisión de Constitución, el Ministro del Interior Preuß expresó, ante las objeciones del vocero del SPD Fischer: “Tengan presente frente a esa desconfianza, que el gobierno no puede dar ningún paso por el cual no sea legalmente responsable ante el *Staatsgerichtshof* y políticamente ante el *Reichstag*”⁸⁹. En otra parte de su explicación, el ministro Preuß agregó: “Por supuesto que el *Reichstag* tendrá algo que decir y por supuesto que el gobierno deberá hacerse responsable ante el *Reichstag*”⁹⁰.

El diputado socialista Fischer insistió en exigir el respaldo de la totalidad del gabinete para la adopción de las medidas de

⁸⁸FRIEDRICH, Carl J., “Dictatorship in Germany?”, *Foreign Affairs*, Vol. 9, p. 124. En las discusiones de la Comisión de Constitución en la Asamblea Nacional, el diputado Koch manifestó que la comisión permanente “no tiene el derecho de reemplazar al *Reichstag*” (http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/0570?sid=8f910c4f79bdbb23d50a1cdc4e2f7fb1). Fecha de consulta 10/02/20.

⁸⁹*Verfassunggebende deutsche Nationalversammlung 1919*, Actas de la Comisión de Constitución, 31ª sesión del 27 de mayo de 1919. Puede consultarse digitalmente en http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/0569?sid=8f910c4f79bdbb23d50a1cdc4e2f7fb1. Fecha de consulta 10/02/20.

⁹⁰*Verfassunggebende...*, Actas de la Comisión de Constitución, 31ª sesión del 21 de mayo de 1919: http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/0570?sid=8f910c4f79bdbb23d50a1cdc4e2f7fb1. Fecha de consulta 10/02/20.

emergencia por parte del Presidente del *Reich*. Preuß respondió que no tenía una objeción de principios contra esa sugerencia y agregó que en todos esos casos “el gobierno del *Reich* continúa siendo siempre responsable ante el *Reichstag*, incluso cuando se nombre a un comandante militar para implementar las medidas”⁹¹. Esto demuestra que el sistema preveía que las facultades del artículo 48, por muy amplias que fueran, debían siempre contar con la anuencia del *Reichstag*, el que en caso contrario podía no solamente dejarlas sin efecto, sino hacer responsable al gabinete mediante un voto de censura. La designación de gabinetes sin respaldo parlamentario, sumada a la reiterada disolución del *Reichstag* impidió que este ejerciera ese control, tal como estaba previsto en el texto constitucional.

A ello se sumó la extendida práctica de las leyes de delegación legislativa o leyes habilitantes (*Ermächtigungsgesetze*), que delegaban amplias facultades al gobierno del *Reich*. La más conocida es la del 24 de marzo de 1933, ya que significó el fin de la Constitución de Weimar y la consumación de la dictadura nacionalsocialista, pero su existencia data desde la época del Imperio. Aun antes de la sanción de la Constitución de Weimar, la Asamblea Nacional delegó en el gobierno provisional la facultad de dictar todas las medidas, incluso con rango de ley, que fueran necesarias para cumplir con las condiciones del armisticio. Luego de la entrada en vigencia de la Constitución se dictaron entre 1920 y 1923 cinco leyes habilitantes con distintos motivos, desde la necesidad de adoptar las medidas requeridas para aplicar las condiciones del Tratado de Paz de Versalles, hasta la ocupación franco-belga del Ruhr y el combate de la hiperinflación⁹². Esta práctica es muy similar a las reiteradas leyes de emergencia en

⁹¹ *Verfassunggebende...*, Actas de la Comisión de Constitución, 31ª sesión del 21 de mayo de 1919: http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/0571?sid=8f910c4f79bdbb23d50a1cdc4e2f7fb1. Fecha de consulta 10/02/20.

⁹² Una descripción de esta extendida práctica puede encontrarse en GUSY, Christoph, “Ermächtigungsgesetzgebung in Deutschland zwischen Monarchie und Republik”, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, 2018, p.396. Específicamente sobre la ley habilitante de 1933, STRENGE, Irene, “Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933”, *Journal der juristischen Zeitgeschichte*, Vol. 7, N° 1 (2013), p. 1.

nuestro país, que so pretexto de dar solución a situaciones de crisis, delegan amplias facultades en el Poder Ejecutivo, desvirtuando así el sistema de separación de poderes y concentrando el poder en el Presidente⁹³.

Bühler sostuvo que el art. 48 no otorgaba poderes ilimitados al Presidente. Así, en opinión de ese autor, “jamás podría el Presidente del *Reich* invocar el art. 48 para hacer algo que repugnase a todo el espíritu de la Constitución, por ejemplo: dictar medidas para preparar el tránsito hacia otra forma de gobierno”⁹⁴. Esta supuesta limitación resultó ser inexistente y el 28 de febrero de 1933 el Presidente von Hindenburg dictó el Decreto para la Protección del Pueblo y el Estado (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*) en ejercicio de los poderes otorgados por el art. 48 de la Constitución de Weimar y así preparó el tránsito hacia la instauración de la dictadura nacionalsocialista. Fue ese el certificado de defunción de la República de Weimar y de su Constitución.

7. El control de constitucionalidad

Otra de las cuestiones muy debatidas durante la vigencia de la Constitución de Weimar fue si los jueces tenían o no facultades para controlar la constitucionalidad de las normas. El tema se planteó ya en la Comisión de Constitución de la Asamblea Nacional, en la sesión del 6 de junio de 1919, por una propuesta del diputado Ablaß de agregar el siguiente texto al entonces artículo 114 (108 del texto definitivo de la Constitución): “La constitucionalidad de las leyes y decretos no puede ser revisada por los jueces. Cuando cien diputados del *Reichstag* lo soliciten, el *Staatsgerichtshof* estará encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes y decretos, así como también la conformidad de los actos administrativos de alcance general con las

⁹³ Acerca de la crisis de la separación de poderes en la Argentina, véase GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., “Separation of Powers Crisis: The Case of Argentina”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 32, N° 2 (2004), p. 307.

⁹⁴BÜHLER, *La Constitución...*, p. 73.

disposiciones de la Constitución. La decisión del *Staatgerichtshof* es vinculante”⁹⁵.

A partir de allí se generó un debate en el seno de la Comisión de Constitución en el cual el Ministro del Interior y autor del proyecto, Hugo Preuß, se opuso a la exclusión del control judicial de constitucionalidad de las normas. El agregado propuesto por Ablaß no fue aprobado y la Constitución omitió toda referencia al control de constitucionalidad de las leyes. En esa sesión, Preuß manifestó que esa omisión de su proyecto implicaba, en la práctica, que los jueces sí tenían el derecho de controlar la constitucionalidad de las normas: “estoy convencido de que, cuando no se dice nada, la facultad de los jueces de controlar la constitucionalidad se sobrentiende”⁹⁶. La Constitución de Weimar solamente mencionaba en forma expresa al *Staatsgerichtshof*, cuya limitada competencia constitucional ya ha sido explicada anteriormente.

Conocido es el debate entre Kelsen y Schmitt acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución. Kelsen sostuvo que correspondía encargar esa tarea a un tribunal especializado, tal como lo había hecho en la Constitución de Austria de 1920 en cuya redacción colaboró⁹⁷. Schmitt, en cambio, encomienda el control de constitucionalidad al Presidente del *Reich*, a quien sitúa en la posición de un poder neutro, siguiendo a Benjamin Constant⁹⁸. Sin embargo, el debate en la República de Weimar excedió largamente esa polémica y se centró en mayor medida en si los jueces podían

⁹⁵http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/0944?sid=8f910c4f79bdbb23d50a1cdc4e2f7fb1.
Fecha de consulta 10/02/20.

⁹⁶http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nat_vers1919/0945?sid=8f910c4f79bdbb23d50a1cdc4e2f7fb1.
Fecha de consulta 10/02/20.

⁹⁷ Esta posición la expresó en primer lugar en un trabajo publicado originalmente en francés: *La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle)*, Barnéoud, París, 1928. Más tarde, en respuesta a Schmitt, publica *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Rothschild, Berlín, 1931.

⁹⁸SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1931. La específica referencia al poder neutro y a Constant se encuentra en la página 132.

ejercer el control de constitucionalidad de leyes, decretos y actos administrativos⁹⁹.

En la jornada constitutiva de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público en Berlín en octubre de 1922, Richard Thoma expuso acerca del tema, mostrándose contrario a la posibilidad de que los jueces pudieran analizar la constitucionalidad de una ley por su contenido¹⁰⁰. Ya se citó anteriormente la opinión crítica de Heller sobre el tema¹⁰¹, a la que se sumaron varios autores partidarios de la República. Radbruch, por ejemplo, publicó en 1925 un breve artículo con enfático llamado a rechazar la atribución a los tribunales de esta facultad¹⁰². En él manifiesta que “es la última oportunidad de expresar serios reparos contra la inminente decisión del *Reichsgericht* a favor del derecho de los jueces de controlar la constitucionalidad de las normas”¹⁰³.

Esta resistencia tiene una explicación histórica: la República de Weimar había heredado del Imperio la administración de justicia y no había introducido cambios. La casi totalidad de sus integrantes eran de tendencia conservadora y muchos decididamente antirrepublicanos¹⁰⁴. Carl Friedrich expresó en 1928 que “es una paradoja recurrente de la vida política que aquellos que supuestamente se oponen a la nueva Constitución, son los más

⁹⁹ Una excelente reseña en castellano del debate acerca del llamado *richterliches Prüfungsrecht* en la República de Weimar puede encontrarse en CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 77 y sgtes.

¹⁰⁰ La presentación fue publicada bajo el título “Das richterliche Prüfungsrecht”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 43, N° 3 (1922), p. 267.

¹⁰¹HELLER, *Rechtsstaat...*, p. 9.

¹⁰²RADBRUCH, Gustav, “Richterliches Prüfungsrecht?”, reimpresso en *Gesamtausgabe. Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, T. 13, p. 123. Radbruch fue Ministro de Justicia en la República de Weimar y diputado del Reichstag por el SPD.

¹⁰³RADBRUCH, “Richterliches...”, p. 125.

¹⁰⁴JASPER, Gotthard, “Justiz und Politik in der Weimarer Republik“, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, Vol. 30, N° 2 (1982), p. 167.

deseosos de protección a través del control judicial de constitucionalidad, mientras que aquellos que integran organizaciones para la defensa del nuevo Estado, se inclinan por dejar a su carta fundamental sin protección. Una explicación de este hecho curioso se encontrará tal vez en la tradicional actitud de sospecha por parte de los grupos progresistas y radicales respecto del conservadurismo de los jueces”¹⁰⁵.

Los partidarios de la República veían en la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes por su contenido, una peligrosa atribución para entorpecer las reformas democráticas aprobadas en el *Reichstag*. Paradójicamente, el control de constitucionalidad del contenido de las leyes recibe en Alemania (si bien también en otros países europeos) el apoyo de las corrientes antiparlamentarias y decididamente autoritarias¹⁰⁶. Como resultado de toda esta discusión, en 1926 el Ministro del Interior publicó un proyecto de ley de modificación de la Constitución para crear un mecanismo de control de constitucionalidad, si bien limitado, el que sería llevado a cabo por el *Staatsgerichtshof*¹⁰⁷.

La cuestión fue decantándose a favor del control de constitucionalidad del contenido de las leyes por parte de los jueces a través de sentencias de los propios jueces. Por ejemplo, en su sentencia del 8 de diciembre de 1923, el *Reichsgericht* declaró que “es derecho reconocido que los tribunales están por principio autorizados a revisar la validez formal y sustancial de las leyes y decretos”¹⁰⁸. Esta declaración, sin embargo, no tuvo efecto concreto en ese caso, ya que el tribunal declaró la validez del decreto bajo examen. Fue en la sentencia del 5 de noviembre de

¹⁰⁵FRIEDRICH, Carl J., “The Issue of Judicial Review in Germany”, *Political Science Quarterly*, Vol. 43, N° 2 (1928), p. 199, nota 3.

¹⁰⁶ESTEVE PARDO, José, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 150 y sgtes.

¹⁰⁷MATTERN, Johannes, *Principles of the Constitutional Jurisprudence of the National German Republic*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1928, p. 607.

¹⁰⁸ RGZ

1925¹⁰⁹, en relación con la limitación de la revaluación de deudas como consecuencia de la inflación, que el *Reichsgericht* declaró categóricamente: “Dado que la propia Constitución del *Reich* no contiene ninguna disposición en virtud de la cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del *Reich* haya sido quitada a los tribunales y asignada a otra determinada autoridad, debe reconocerse el derecho y la obligación del juez de examinar la constitucionalidad de las leyes”.

Lo llamativo de toda esta evolución es que, al momento de ejercer ese control de constitucionalidad para defender a la República y a la Constitución contra la conformación de la dictadura nacionalsocialista, los jueces se mostraron ajenos a la cuestión y luego de la guerra ocultaron su complicidad con el nacionalsocialismo detrás una supuesta obligación de obedecer la ley, cualquiera sea su contenido. Encontraron así un chivo expiatorio en un positivismo en el que nunca creyeron y al que el nazismo atacó con virulencia¹¹⁰.

8. Conclusión

La Constitución de Weimar fue el primer texto constitucional verdaderamente democrático sancionado en Alemania. La época en la que fue redactada no fue auspiciosa y terminó siendo víctima de las corrientes autoritarias que hicieron irrupción en Europa a partir de la Primera Guerra Mundial. Acosada tanto por el comunismo como por el nacionalsocialismo, además de otros grupos radicales, y despreciada por la mayoría de los funcionarios de la administración y de la justicia, sucumbió sin

¹⁰⁹ RGZ 111, p. 320.

¹¹⁰ Para una ampliación de este tópico me remito al siguiente trabajo específico: RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Positivism, totalitarianism and constitutionalism”, en RIBERI, Pablo y LACHMAYER, Konrad (eds.), *Philosophical or Political Foundation of Constitutional Law?*, Nomos, 2014, p. 225. Una versión resumida de ese trabajo fue publicada en castellano bajo el título “Positivismo, totalitarismo y constitucionalismo” en RIBERI, Pablo (coord.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2019, p. 279.

ser nunca formalmente derogada. Si bien la teoría de que la instauración de la dictadura nacionalsocialista fue legal es una mera leyenda, no es posible establecer con precisión una fecha exacta del fin de la vigencia de la Constitución de Weimar.

Como se indicó anteriormente, el 24 de marzo de 1933 se aprobó la ley habilitante que delegaba amplísimos poderes en el gobierno del *Reich* encabezado por Adolf Hitler, incluso con facultades para reformar la Constitución. Sin embargo, con anterioridad a esa fecha se sucedieron muchos hechos que ya anticipaban el derrumbe de la República. A la designación de gabinetes sin respaldo parlamentario a partir de 1930, se agregó la disolución recurrente del *Reichstag* y en 1932 la intervención de Prusia. Luego del incendio del *Reichstag* el 27 de febrero de 1933, atribuido por los nazis a los comunistas, se dictó el decreto para la protección del pueblo y del Estado, el que restringió notablemente los derechos fundamentales en el medio de un proceso eleccionario. Se prohibió a los partidos opositores la realización de concentraciones y la campaña electoral fue severamente restringida. Además de ello, el decreto impuso en forma retroactiva e inconstitucional la pena de muerte para delitos como el incendio del *Reichstag*. Muchos comunistas y algunos socialistas fueron encarcelados en los primeros campos de concentración, incluso siendo diputados del *Reichstag*.

Es un lugar común culpar a la Constitución de Weimar por el advenimiento del nazismo. Cierto es que la Constitución tenía numerosos errores estructurales, algunos de los cuales se han señalado en los párrafos anteriores¹¹¹. El otorgamiento de poderes extraordinarios sin el correspondiente control, como sucedió con las facultades extraordinarias del art. 48, es quizá uno de los errores más graves. Un principio fundamental del diseño institucional, muchas veces olvidado, es que a toda atribución debe seguir un control. Como explicó el juez Brandeis en su voto en el caso *Myers*

¹¹¹ Un análisis detallado de los errores de la Constitución de Weimar puede encontrarse en ROELLECKE, Gerd, “Konstruktionsfehler der Weimarer Verfassung”, *Der Staat*, Vol. 35, N° 4 (1996), p. 599.

v. *United States*¹¹², la doctrina de la separación de poderes no fue creada “para promover la eficiencia, sino para impedir el ejercicio de poder arbitrario. El propósito no fue evitar la fricción, sino, a través de las necesarias fricciones que son consecuencia de la distribución de poderes entre tres departamentos, salvar al pueblo de la autocracia”¹¹³. Es la vieja máxima de Montesquieu de que *le pouvoir arrête le pouvoir*, el poder detiene al poder.

A eso cabe agregar el largo listado de derechos fundamentales, que en la práctica se transformaron en meras expresiones de deseo. De poco sirve constitucionalizar todas las aspiraciones de un pueblo, si en los hechos esas aspiraciones son meras quimeras. La Constitución se convierte en un catálogo de buenas intenciones, cuya efectividad no pasa de eso. Similares inconvenientes se observan hoy en día con ese inacabable afán de transformar cualquier necesidad en un derecho constitucional. Eso conduce exclusivamente a un descrédito de la Constitución y un desprecio por las normas. La experiencia de Weimar lo demuestra.

Cierto es que, al decir de Learned Hand, “la libertad está en el corazón de los hombres y mujeres; cuando muere allí, ninguna constitución, ninguna ley, ningún tribunal puede salvarla”¹¹⁴. Sin embargo, así como no debe caerse en una fe irracional en el derecho, tampoco debe despreciárselo como si careciera de influencia. La misión de una Constitución es establecer y organizar la estructura de gobierno de manera de asegurar la libertad de los habitantes, no solo a través de la limitación de facultades, sino también (y tal vez más relevante) mediante la creación de mecanismos de control que permitan contener cualquier exceso en el ejercicio de aquellas facultades. Los derechos fundamentales actúan como un límite al poder del Estado, pero precisamente por eso el catálogo de derechos debe tener la prudencia de no dar esa

¹¹² 272 US 52 (1926).

¹¹³ 272 US 52, p. 293.

¹¹⁴HAND, Learned, *The Spirit of Liberty*, 1944, reproducido en BRUUN, Erik y CROSBY, Jay (eds.), *The History of the United States in Documents*, Black Dog & Levanthal Publishers, 1999.

jerarquía a cualquier aspiración, por muy loable que sea. Apilar derechos no es una buena práctica. El fracaso de la Constitución de Weimar es atribuible a múltiples factores, siendo uno de ellos sus propias falencias. Son esas falencias las que deben servirnos de ejemplo para evitar repetir esos mismos errores. Aprender de ellos es quizá el mejor homenaje que pueda hacerse a cien años de su sanción.

