

TEORÍA CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA EN EL PENSAMIENTO DE HANS Kelsen. REFLEXIONES A LA LUZ DEL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932

Leticia VITA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El caso Prusia contra Reich de 1932*. III. *El comentario de Kelsen a la sentencia*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión sobre Hans Kelsen no pierde vigencia. Son prueba de ello las innumerables obras que sobre su vida y obra se han publicado en los últimos años y las múltiples discusiones académicas que siguen convocándose en torno a su pensamiento. La obra de Kelsen es rigurosa y provocativa, pero, ante todo, sumamente actual. Nos brinda herramientas para cuestionar la ideología presente en los discursos pseudocientíficos, jurídicos o políticos. Nos alerta desde el siglo XX sobre muchos de los peligros a los que se enfrenta la democracia en la actualidad.

Para poder apreciar esta dimensión del pensamiento kelseniano, es preciso evitar una lectura jurídicamente sesgada. Kelsen fue un jurista, sin duda. Pero fue mucho más que eso. Para evitar malentendidos respecto de su obra, es indispensable no dejar de lado la reflexión profundamente filosófica que la inspira. Como señalara uno de los más atentos lectores de Kelsen en América Latina, lo que éste en realidad hizo fue filosofía política, ya que se ocupó de los fundamentos de la ciencia jurídica.¹

La reflexión de Kelsen sobre el derecho y la democracia precisa, además, ser contextualizada. Muchos matices de su pensamiento cobran rele-

* Profesora adjunta regular con dedicación exclusiva a Teoría del Estado en la Universidad de Buenos Aires. Contacto: lvita@derecho.uba.ar.

¹ Correas, Óscar, “El otro Kelsen”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán, 2003, pp. 35 y 36.

vancia cuando tenemos presente en qué momento y ante qué auditorio fueron emitidos. Así como su obra de los años veinte ha sido leída a la luz de su relación con los acontecimientos en Viena,² su reflexión en los últimos años de la República de Weimar no puede desligarse de los ataques a su democracia. Lo mismo sucede con sus ideas sobre el marxismo escritas durante su exilio norteamericano.

Con este punto de partida, el objetivo de este escrito es detenernos en las ideas de Kelsen sobre la justicia constitucional y la democracia en un contexto muy determinado: la República de Weimar en 1932. Analizaremos uno de sus textos menos conocidos: su comentario a la sentencia Prusia contra Reich del Tribunal Estatal de Leipzig. En este punto de inflexión para la historia alemana, Kelsen volvió a pronunciarse sobre la democracia y los límites jurisdiccionales al poder, reafirmando su compromiso con la democracia liberal y la elección por el derecho como forma de limitar el poder.

II. EL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932

El caso Prusia contra Reich frente al Tribunal Estatal de Leipzig de 1932 se desencadenó en 1932 a raíz del así llamado golpe de Estado de Prusia (*Preußenschlag*), del 20 de julio de ese año. Éste consistió en la intervención federal —con destitución de las autoridades locales— y declaración del estado de sitio en la región de Prusia, como consecuencia de una serie de disturbios entre el partido nazi y el partido comunista. El punto más álgido de estos enfrentamientos había sido el así llamado “domingo sangriento de Altona”.³ A raíz de estos hechos, el Estado federado de Prusia demandó al Reich frente al Tribunal Estatal requiriendo que se declarara la inconstitucionalidad de la medida tomada. Este caso tuvo una importancia crucial en la suerte de la República, hasta tal punto de que existe un consenso consolidado en identificar en él un punto de no retorno en la destrucción de la democracia en Weimar. Prusia era el último bastión de la socialdemocracia en el poder, y lo

² Véase, en este punto, los trabajos de Sara Lagi. Entre los más recientes: Lagi, Sara, *Democracy in Its Essence: Hans Kelsen as a Political Thinker*, Lanham, Lexington Books, 2021.

³ 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.

que quedaba luego de esta intervención no era más que el avance definitivo del partido nacionalsocialista.

El caso Prusia contra Reich tiene, además, una relevancia jurídico-institucional sin precedentes. Las revistas jurídicas más importantes de la época reflejan el nivel y la calidad de las posiciones en juego. En el estrado y fuera de él se enfrentaron, en efecto, los máximos representantes del derecho público de la época. Carl Schmitt fue defensor del Reich y Hermann Heller actuó por la facción del partido socialdemócrata en Prusia. Además de otros prestigiosos juristas de la época que acompañaron a ambas partes, el caso contó con la opinión de Hans Kelsen, quien publicó un comentario sobre la sentencia al poco tiempo de que ésta se diera a conocer.⁴

La intervención federal en Prusia se había basado en los dos incisos del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar.⁵ El Reich argumentaría que Prusia no había actuado suficientemente en contra de los “revoltosos” de izquierda, y que por eso se habían desencadenado los sucesos de Altona. Asimismo, postularía que el estado de alteración en la región era tan grave que requería la intervención inmediata del Reich y la sustitución de las autoridades locales. Por su parte, el gobierno de Prusia cuestionó que se hubieran dado las condiciones objetivas que permitían la aplicación del artículo 48, y solicitó que el Tribunal Estatal reconociera que la alegación de que no había cumplido con sus obligaciones no se encontraba justificada ni comprobada, y, finalmente, que se declarara que las atribuciones del artículo 48 en sus incisos 1 y 2 sólo se habilitaban para el caso en que fueran compatibles con el carácter federal del Reich, algo que en el caso no se cumplía.

Durante octubre de 1932 se plantearon las fundamentaciones orales de las partes del proceso. Schmitt repitió sus ideas recientemente publicadas en *Legalidad y Legitimidad* en torno a la figura del presidente del Reich como guardián de la Constitución. Se dio el lujo, además, de decirles en la cara a los jueces del Tribunal que no tenían nada que decir, ya que esta se trataba

⁴ La traducción al español de la sentencia, el alegato de Schmitt y Heller en el proceso y el comentario de Kelsen se encuentran en Vita, Leticia (ed.), *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.

⁵ El mismo artículo, recordemos, establecía en su inciso primero que si un Estado federado no cumplía con “los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Reich” el presidente podía obligarlo, incluso con ayuda de la fuerza armada. En su párrafo segundo decretaba que cuando se hubieran alterado gravemente o estuvieran en peligro la seguridad y el orden públicos en el Reich, el presidente podía adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso con ayuda de la fuerza armada y con la posibilidad de suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

de una cuestión no justiciable y de carácter eminentemente político. Heller, por su parte, aportó sólidos argumentos jurídicos para demostrar la inconstitucionalidad y la desproporcionalidad de las medidas del decreto, pero también hizo un claro llamado a los jueces para que actuaran en defensa de los principios democráticos de la Constitución de Weimar.⁶

La sentencia del Tribunal Estatal se dictó el 25 de octubre de 1932. En ella se resolvieron básicamente dos cuestiones: la de la constitucionalidad del decreto del 20 de julio y la de la sustitución de los representantes prusianos en la cámara que representaba a los estados federados (*Reichstag* y *Reichsrat*). Respecto de la primera, el Tribunal Estatal decidió que el decreto “a los fines de restablecer la seguridad y el orden público en la región del Estado Libre de Prusia”, era constitucional. Respecto de la segunda cuestión, sostuvo que, no obstante, este poder no podía afectar la representación del estado federado de Prusia en la cámara que representaba a los estados federados (*Reichstag* y *Reichsrat*). Es decir, intentó una solución salomónica, al dar razón a una parte y a otra. Sobre esta decisión, pocos días después, se pronunció Kelsen.

III. EL COMENTARIO DE KELSEN A LA SENTENCIA

El comentario de Kelsen se publicó en la revista *La Magistratura (Die Justiz)*, casualmente el mismo medio que había elegido para su famoso escrito sobre el defensor de la Constitución en 1931. El texto gira en torno a dos puntos: una crítica al decreto del 20 de julio y un comentario a la sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig. Respecto del primero, Kelsen se concentró en los dos principios constitucionales que el decreto violaba: el federal y el democrático. El decreto rompía, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como del Legislativo, el principio federal que garantizaba un equilibrio de poder entre los estados federados entre sí y con el Reich. En el ámbito del Ejecutivo, además, atentaba 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. Así, en clara referencia a su *Esencia y valor de la democracia (Vom Wesen und Wert der Demokratie)*, de 1920, Kelsen sostuvo que el principio democrático se violaba desde el momento en que la autodeterminación de los estados federados era menoscabada por la intervención del Reich.

⁶ Me he ocupado en extenso de estas intervenciones en Vita, Leticia, “Los juristas de Weimar ante la sentencia del Tribunal Estatal de Leipzig”, en Vita, Leticia (ed.), *Prusia contra Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, cit., pp. 21-109.

Los cuestionamientos de Kelsen a la sentencia fueron numerosos. En líneas generales, identificó en ella 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. La cuestión más grave la encontró en la sentencia misma. Como toda decisión judicial, se dividía en fundamentos y el fallo o la sentencia en sentido estricto; pero el tribunal sólo hablaba de cierta inconstitucionalidad (y no para todo el decreto) en los fundamentos. Se trataba de un sinsentido, porque sólo es posible ejecutar el fallo, por lo que el decreto era en todo constitucional. Esto nos lleva a un último problema que encontraba Kelsen en la sentencia: el de la supuesta “divisibilidad” del decreto. El tribunal señalaba que una parte del decreto, aquella sobre la representación de Prusia en el *Reichsrat*, era inconstitucional, mientras que el resto no. Para Kelsen, era imposible diferenciar entre “partes” del decreto.

En este punto, cabe preguntarnos por la postura de Kelsen ante la caída de la socialdemocracia prusiana y el ascenso del nazismo en el poder. Esto es, sin duda, lo menos explícito del comentario. Sin embargo, no es imposible de reconstruir. La primera conclusión a la que llega Kelsen es que la Constitución de Weimar no brindaba las herramientas necesarias para enfrentar una crisis semejante. Desde su punto de vista, la Constitución creó, por un lado, un sistema federal equilibrado en la distribución de competencias entre el Reich y los estados federados, pero, por el otro, no consideró necesario incorporar garantías efectivas para conservarlo.

El principal pecado de Kelsen fue el de no establecer una jurisdicción constitucional “perfeccionada metódicamente”. Así, introduce lo que es su segundo punto respecto del problema que enfrenta la democracia weimariana: la carencia de un tribunal constitucional. Para Kelsen, la conformación que el Tribunal Estatal efectivamente adquirió no muestra sino “la aversión que la jurisprudencia alemana tuvo desde siempre hacia ese tipo de control jurídico de la esfera «política», que ella considera extrajurídica”.⁷ En clara referencia a las ideas de Schmitt sobre el control jurisdiccional, Kelsen da cuenta de lo poco que espera del tribunal estatal. En efecto, Kelsen sentencia que las disposiciones constitucionales que se refieren al tribunal estatal “son apenas más que una improvisación” y que las cuestiones técnicas, como, por ejemplo, las referidas al efecto de la sentencia, quedaron sin responder, “dando lugar a las interpretaciones más contradictorias”.⁸

⁷ Kelsen, Hans, “La sentencia del Tribunal Estatal del 25 de octubre de 1932”, en Vita, Leticia (ed.), *Prusia contra Reich ...*, cit., p. 249.

⁸ *Idem*.

El problema, en definitiva, es el de la carencia de límites jurídicos al poder establecido constitucionalmente. Esos límites, entiende Kelsen, no los puede poner el Tribunal Estatal porque no es un tribunal constitucional, pero tampoco los pone la Constitución de 1919. Ésta no ha creado ningún tipo de garantías a fin de que sólo pueda realizarse una interpretación restrictiva del artículo 48, inciso 2, y no una interpretación extensiva. Desde sus puntos de vista, mientras no se definan estos límites constitucionalmente, un decreto presidencial u otra sentencia del tribunal estatal “podría transferir competencias de un Estado federado al Reich en una medida aun mayor que con el decreto del 20 de julio o la sentencia del 25 de octubre, y no solamente las de un Estado, sino las de todos los Estados Federados”.⁹

En conclusión, es la propia Constitución la que hace posible transformar el Estado federal a un Estado unitario. No es la culpa del Tribunal Estatal, que no fue el designado por la Constitución como su guardián. Sin embargo, Kelsen sí asigna a estos jueces cierta responsabilidad. Los acusa de incrementar “la confusión de la situación legal con su afán, humanamente comprensible, de un término medio entre la interpretación extensiva del decreto del 20 de julio y la restrictiva del gobierno estatal prusiano”.¹⁰ No lo dice de manera explícita, pero lo da a entender: los jueces podrían haber resuelto el caso de manera diferente.

El punto de llegada de este razonamiento kelseniano es desolador: “a pesar del justo medio buscado por la sentencia del Tribunal Estatal, la Constitución de Weimar no fue salvada”.¹¹ Ni la Constitución ni la democracia alemana tenían ya esperanza, y Kelsen lo sabía. No hay dudas. El tono del comentario es pesimista. Lo que no incluye el texto, posiblemente porque el propio Kelsen decide mantenerse neutral ante este punto, es una reflexión sobre lo que quedaba hacer ante esta decisión tan jurídica como política.

La respuesta no la tenemos que buscar en éste, sino en otro texto, que publica el mismo año. En “Defensa de la democracia” (“Verteidigung der Demokratie”), Kelsen sostiene que en esos días un amigo de la democracia se parece mucho a un médico en la cabecera de un enfermo grave: “se prescribe el tratamiento, aun cuando casi han desaparecido las esperanzas de que el paciente se mantenga con vida”.¹² El compromiso con la demo-

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 251.

¹¹ *Idem.*

¹² Kelsen, Hans, “Defensa de la democracia”, en Bernal Pulido, Carlos y Porciuncula, Marcelo (ed.), *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 25.

cracia es para Kelsen obligación de todo demócrata, incluso cuando cualquier intento de salvarla estuviera completamente abocado al fracaso. Así, la mirada de Kelsen sobre la democracia weimariana y los medios para salvarla es muy clara. No hay esperanza. Y, sin embargo, es preciso seguir defendiéndola.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia en el caso Prusia contra Reich es una muestra de cómo, en un régimen político democrático, el poder y el derecho pueden llegar a enfrentarse de la manera más radical ante un conflicto constitucional. Pone de manifiesto, además, la relevancia que una decisión judicial puede tener en un contexto de crisis institucional. Los jueces del Tribunal Estatal optaron probablemente por el camino más sencillo: el de avalar el *statu quo*, el del oscuro poder que se avecinaba sobre Alemania. Aun cuando ordenaron al Reich 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 pone también 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. Las decisiones de quien estaba a cargo, el Poder Ejecutivo, eran fundamentalmente constitucionales.

La respuesta de Kelsen, hemos visto, se acerca al diagnóstico de un médico ante un enfermo terminal. No queda mucho por hacer. Lo que podría haberlo salvado, no se hizo. Los límites efectivos ante una interpretación dañina de la Constitución no fueron impuestos. Tampoco se pensó en un control jurisdiccional que hubiera podido cuestionar algo semejante. El comentario de Kelsen nos deja un sabor amargo.

El mismo impacto parece haber tenido entre sus contemporáneos. Es sabido que el equipo editorial de la revista *La Magistratura (Die Justiz)*, donde fue publicado, era muy cercano a la socialdemocracia, y que por eso se le había pedido a Kelsen que comentara la sentencia.¹³ Su reacción parece encontrarse en el mismo número de la revista. Inmediatamente después

¹³ Olechowski, Thomas, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 535 y 536.

del comentario de Kelsen se incluyó un “epílogo” anónimo, en el que la opinión del jurista fue duramente criticada. Allí, incluso, se decía que no deberíamos sorprendernos si “el gobierno del Reich cita al profesor Kelsen como testigo clave de la próxima ordenanza del Reich, que también privará al gobierno estatal prusiano de estos poderes”.¹⁴

Tal vez sea posible juzgar hoy a Kelsen con mayor benevolencia. Sobre todo si incorporamos otras lecturas en las que el jurista deja paso al demócrata. Su defensa de la democracia y de las herramientas constitucionales para garantizarla era una voz solitaria entre quienes ya habían decretado su decadencia. Su insistencia en la necesidad de fijar límites ciertos al poder y de hacerlo constitucionalmente podría ser vista como una posición minoritaria y fuera de moda para la época.

Esta mirada, sin embargo, se encuentra sumamente vigente, y por eso sigue convocando nuestra atención. Abona, además, a la idea de que el pensamiento de Kelsen merece ser analizado en toda su dimensión. De que la *Teoría pura del derecho* puede, y merece la pena, ser leída como parte de una empresa más amplia: una destinada a desenmascarar al poder y a denunciar la ideología detrás de las posiciones jurídicas aparentemente científicas.

¹⁴ *Ibidem*, p. 535.