

FRANCISCO SOSA WAGNER

JURISTAS Y ENSEÑANZAS  
ALEMANAS (I): 1945-1975

**Con lecciones para la España actual**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

	Pág.
OBERTURA .....	9
PRIMERA PARTE	
I. LUMBRES ENTRE LAS CENIZAS.....	15
II. EL DESPERTADOR SUENA: FIN DE LOS SILENCIOS .....	25
III. ENTRE LA RESIGNACIÓN Y LA CONTROVERSA.....	43
IV. LA ASOCIACIÓN ( <i>VEREINIGUNG</i> ) DE PROFESORES RESUCITA .....	49
V. UNA CONSTITUCIÓN PARA UN TRIBUNAL; UN TRIBU- NAL PARA UNA CONSTITUCIÓN .....	56
VI. REFLEJOS DE NUEVAS LUCES .....	87
VII. LEVAS Y LEVADURA NUEVA .....	108

## SEGUNDA PARTE

**NOMBRES COMO HUELLAS (SELECCIÓN PARCIAL)**

I. REFLEXIÓN Y POLÉMICA JURÍDICA: ERNST FORSTHOFF .....	125
II. THEODOR MAUNZ CONVERTIDO EN EL «CASO MAUNZ» .....	132
III. DESTREZA Y COMPONENDAS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: GERHARD LEIBHOLZ Y ROMAN HERZOG .....	136
IV. POLÍTICA SOCIALDEMÓCRATA Y DERECHO PÚBLICO: CARLO SCHMID .....	152
V. EL NECKAR Y LA RENOVACIÓN DEL PENSAMIENTO: OTTO BACHOF Y GÜNTER DÜRIG .....	162
VI. LA ESTRELLA DEL CIELO PLOMIZO DE LA DDR: KARL POLAK .....	167

## TERCERA PARTE

**LECCIONES DE INTERÉS PARA ESPAÑA**

BIBLIOGRAFÍA.....	195
ÍNDICE ONOMÁSTICO .....	201

## OBERTURA

Este librito es un nuevo fruto de mis preocupaciones relacionadas con el mundo jurídico alemán y se une así a otros anteriores salidos de mi pluma y que algunos lectores conocerán. En él trato un período histórico más cercano que el estudiado en ocasiones anteriores, en concreto, el que conforma ese cuarto de siglo que va de 1945 a 1975. La primera fecha tiene un significado bien evidente y no necesita ser explicada: se trata del fin de la segunda guerra mundial y el comienzo de un tiempo nuevo en Alemania. La segunda es más caprichosa y ha sido seleccionada por mí con el fin de cerrar una etapa, embarazada de acontecimientos significativos para el jurista, dejando el anuncio de otros venideros que se inscriben en ese *perpetuum mobile* que es el Derecho público.

Narro los cambios vividos por la doctrina alemana tras la gran hecatombe teniendo en cuenta que los profesores de Derecho público formaban varios estratos o capas: unos habían respaldado con su pluma las sangrientas ocurrencias nazis; otros se habían visto obligados a recoger los bártulos y abandonar Alemania para acogerse a la benevolencia de algún país extranjero; en fin, había quienes, sin salir de su tierra, optaron por el silencio oprimiendo sus escrúpulos o su asco entre las cuatro paredes de sus seminarios y despachos. Un poco más allá, aún desenfocados, se encontraban los jóvenes: encogidos unos por la desolación de la derrota; pletóricos los menos por la alegría de la liberación. En cualquier caso, deseosos, recién doctorados y habili-

tados, de ganarse la vida haciéndose un hueco en los escalafones universitarios. Todos ellos, sin excepción, son herederos de una rica tradición jurídica que venía del siglo XIX y de la república de Weimar, algunos de cuyos maestros seguían vivos y activos, pero todos estaban obligados a preguntarse cómo era posible que la sociedad alemana, contando con mentes tan lúcidas, hubiera culminado ese descenso a los infiernos de la ignominia y de la depravación moral. Determinados a desterrar las sombras bajo cuya desventura sobrevivían eran como aquel rey de Tule, cantado por Goethe, que vio caer la sagrada copa y hundirse en el mar: «sus ojos también se hundieron, ni una gota más bebió».

Pues de eso se trataba: de no beber nunca más aquella pócima engañosa que llevaban consumiendo desde 1933, entre el entusiasmo, la indiferencia o el atolondramiento. Y para ello era necesario que el Derecho público se edificara, tembloroso de zozobras pero estimulado por los anhelos, sobre un material sólido y sano que removiera los fantasmas y los tiempos. Un material nuevo que estaba obligado a usar el viejo para transformarlo y acomodarlo a los mandatos impuestos por unas conciencias renovadas. Y así veremos desfilar por las páginas subsecuentes los grandes asuntos metodológicos y constitucionales, los límites del poder, la situación central de la persona humana y sus derechos fundamentales, la nueva justicia, las exigencias sociales y de servicios básicos de una población extenuada y sacrificada... hasta discutir acerca de la esencia misma y el destino histórico de la nación humillada que al cabo se partirá en dos creando un arcano de distancias y un muro de silencios, soledades y crímenes.

¡Terrible desconcierto histórico! Y como todo desconcierto era preciso tocarlo sin partitura. Porque la magnitud de la tragedia y las nuevas necesidades carecían de precedente histórico al que acogerse, y en ese desarreglo los profesores de Derecho público retoman los palillos del razonamiento, acopian las enseñanzas recibidas, hacen almoneda de otras, empiezan pues a construir y lo hacen en torno a un pilar que juzgan tan esencial que lo llamarán precisamente la «Ley fundamental». Alimento básico, desde el primer momento, para aquellos hombres hambrientos de Derecho y alimento del que sabrán extraer todo tipo de jugos, de proteínas, de hierro, de calcio y demás nutrientes hasta conformar un banquete pródigo que han sabido mantener abastecido hasta nuestros días.

¡Benditos estos colegas que saben adorar a su Constitución como un tótem! ¡Dichosos ellos que han convertido el pan ácimo de la Ley Fundamental, mediante una particular transustanciación, en un cuerpo místico y propicio!

Es un privilegio del que no todos los pueblos pueden disfrutar, de manera que no se entiende el Derecho público alemán de la posguerra sin conocer en toda su extensión esta disposición de ánimo de los juristas alemanes, que es la que ha permitido erigir unos sólidos fundamentos y tantas y tantas eminentes argumentaciones desparamadas por libros y publicaciones.

La valentía y el lúcido coraje de explicarlas en un todo dotándolas del vigor de la claridad expositiva son méritos de un libro impar firmado por Michael Stolleis. Este mío no se hubiera podido escribir si no existiera la obra de Stolleis, pues es imposible para un estudioso extranjero adentrarse en una tan compleja producción bibliográfica y salir indemne del intento. Excuso decir con frutos apreciables. Pues las espaldas del ser humano no pueden soportar la realidad de tanto esfuerzo colectivo.

Partiendo de su trabajo yo he seleccionado muchas otras lecturas complementarias, las he ordenado, las he pensado y he dado a todo ello el tratamiento de mis habilidades narrativas. Si son buenas o malas, lo juzgará el lector.

Hay una segunda parte de esta criatura mía en la que de nuevo —como ya hice en ocasiones anteriores— recojo los trazos más relevantes de las peripecias vitales de algunos juristas alemanes. El criterio seguido para seleccionarlos es, como todas las selecciones, parcial y caprichoso. Pero he tratado de ofrecer una panorámica de personajes con un significado especial, bien por ser apellidos que suenan mucho a los españoles, caso de Ernst Forsthoff, bien porque ofrece su vida caracteres de novela, caso de Theodor Maunz. A partir de ahí me ocupo de algunos servidores de la justicia constitucional, en concreto de Gerhard Leibholz y de Roman Herzog. El primero porque fue el profesor que, en los balbuceos del Tribunal, dejó una huella más honda en su labor; el segundo porque es el primer iuspublicista que recorre una larga lista de cargos relevantes culminados nada menos que en la presidencia de la República. De los profesores que alcanzaron una especial significación política escojo uno que la tuvo en las filas

socialdemócratas: Carlo Schmid, y lo hago motivado por su influencia en la elaboración de la Ley Fundamental. Otto Bachof y Günter Dürig representan a los profesores menos contaminados por actividades extrauniversitarias. Les cobijo en mi lista porque fueron dos cabezas sobresalientes y ¿por qué no decirlo? porque les conocí, les escuché en sus clases y seminarios y me distinguieron con su amistad. En fin, Karl Polak fue el jurista por excelencia de la República Democrática Alemana (DDR) y creo que el lector de habla hispana agradecerá que se le ponga en contacto con un mundo tan desconocido como sórdido y tenebroso.

Se dirigirán contra mí todas las críticas imaginables: por haber incluido a éste o a aquél, por haber excluido a tantos... Las asumiré mansamente, pero debo aclarar que quienes quieran tener una información cabal de otros muchos nombres (de sus obras, de su adscripción metodológica, del lugar donde se desempeñaron como profesores, etc.) no deben saltarse la primera parte del libro. Su curiosidad quedará suficientemente satisfecha.

Por último, dedico un capítulo a lo que llamo «lecciones para la España actual». A nadie se le escapa que si me esfuerzo en contar todo este mundo alemán es porque estoy convencido de la influencia que ha ejercido entre nosotros. Creo haberlo demostrado en mis anteriores investigaciones y lo mismo ocurre con este período, pues el lector advertirá cómo la doctrina española más sagaz supo seleccionar determinadas construcciones doctrinales alemanas de la posguerra para aplicarlas a nuestra realidad, nublada en aquellos años por la dictadura franquista. De suerte que puede afirmarse que hay boquetes de libertad en aquella España que se abren con la piqueta del pensamiento jurídico alemán de los años cincuenta y sesenta. Más tarde, cuando se recupera la democracia, la influencia es aún más fuerte, empezando por la propia Constitución, el Tribunal que la interpreta y el sistema autonómico. La misma configuración de las libertades públicas y su entendimiento por la primera jurisprudencia constitucional española es deudora de las sentencias de los jueces de Karlsruhe y de la obra de algunos juristas alemanes.

En fin, la comparación entre los sistemas universitarios de uno y otro país será ocasión también para la meditación, aunque sea melancólica, y para atreverme a avanzar algunas conclusiones que, aun-

que sé bien que caen en terreno yermo, deben quedar consignadas para que habiten, con la modestia de una nota a pie de página, en la pequeña historia.

La gratitud obliga a dejar constancia de mi deuda con el propio Stolleis, un auténtico caballero con quien he mantenido relación epistolar. Y, una vez más, debo cubrir de gracias mil a la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Tübingen y, muy especialmente, a mi generosa colega la profesora Barbara Remmert. También a Thomas Oppermann y a su discípulo Michael Kilian, hoy catedrático en Halle, amigos que me han prestado siempre ayuda rápida y atinada.



## PRIMERA PARTE

*« ... porque vagabundeas tambaleante y desgredada por el suelo».*

Canto alemán, Friedrich Hölderlin

### I. LUMBRES ENTRE LAS CENIZAS

En Yalta y en Potsdam quedaron selladas las condiciones a que debía someterse la Alemania vencida. Entre ellas la desnazificación, la desmilitarización, la democratización de las instituciones públicas, y la partición del territorio alemán (tal como había sido con anterioridad a 1937) en cuatro zonas de ocupación (más la singularidad de Berlín) atribuidas a las potencias vencedoras: Reino Unido, Estados Unidos y Rusia a las que se uniría después Francia. Los territorios al este de los ríos Oder y Neisse fueron entregados, parte a la Unión Soviética y parte a Polonia, aunque esta frontera siguió siendo un foco de conflicto internacional que no se resolvería sino años después. Los aliados aprueban una serie de leyes que derogan las racistas nazis más la «de autorización» de 1933 que permitió la práctica abolición por Hitler de la Constitución de Weimar, y la desaparición de Prusia por ser considerada como el nido donde se incubó el militarismo alemán (olvidando por cierto otras tradiciones más positivas de ese territorio).

En mayo de 1945, Alemania, aniquilada, gime bajo cenizas. «Para conocer la dimensión del hundimiento económico y social que vive Alemania hay que remontarse a la caída del Imperio romano» anotará un general americano. El día 5 de junio los aliados toman el mando del país vencido (Declaración de Berlín) y unas semanas después tiene lugar la Conferencia de Potsdam, ciudad próxima a Berlín, donde Truman, Churchill y Stalin encienden las luces de una nueva sala de la Historia. Grandes masas de repatriados vienen de los territorios anexionados por Hitler, desde Polonia, desde Checoslovaquia, desde Hungría, creando un formidable problema humano que se unía a la falta de alimentos y de viviendas, a la miseria en que se desenvolvía la vida extenuada y a la destrucción espectacular de la mayor parte de las ciudades alemanas, de los pueblos, de los campos... La visión era sencillamente dantesca (en las partes escalofriantes del divino poema, no en aquéllas presididas por la luz).

Pero la vida —aun con debilísimas pulsaciones— latía y por ello era preciso insuflar ánimos —quienes los tenían— a una población exhausta, no en balde los aliados conocían las consecuencias de la política llevada a cabo tras la primera guerra mundial y nadie quería reeditar viejos errores. Por eso, desde la primera hora, intentan hacer frente a las necesidades materiales elementales encargándose los Ejércitos —únicos que tenían capacidad y energía para ello— de una ingente tarea de realojamiento y avituallamiento de la población así como de asegurar prestaciones básicas y médico-quirúrgicas a enfermos, heridos... Asimismo se preocupan de que la vida cultural (asociaciones, clubes, academias, escuelas, teatros, etc) vuelva a emitir señales de cierta recuperación y otro tanto ocurre con el escenario político (sindicatos, partidos, revistas o periódicos) aunque se sabe que hay millones de alemanes que han llevado hasta hace poco el carné nazi en el bolsillo y han desfilado henchidos de entusiasmo patriótico con la camisa parda o han aclamado al *Führer* en sus histriónicas apariciones públicas. Pero también se sabe que, en su inmensa mayoría, están dispuestos a acomodarse a nuevos patrones y por eso empiezan a hacer cola ante quienes se encargan de una desnazificación que, aunque sea meramente formal, vale para iniciar una nueva singladura en la que poder buscar trabajo, mandar los chicos a la escuela, encontrar un techo, disponer de pan para comer y de carbón para calentarse... Es verdad que ha habido demasiado compromiso y demasiados

silencios como para volcar a un país de repente. Pero la conciencia, lo sabemos por cualquier coyuntura histórica similar, es laxa y se salva porque, al final, serán los grandes jefes quienes paguen por el horror causado y para eso se ha puesto en marcha el gran proceso que se prepara y se desarrollará en Nürnberg.

Para ayudar a la resurrección del país, las fuerzas de ocupación se inventan nuevas autoridades civiles, que son militantes de los viejos partidos de Weimar (del *Zentrum* o de la socialdemocracia) o judíos que han estado refugiados allá donde han podido o donde han sido acogidos, o perseguidos políticos de distinto signo que vuelven del exilio desde América, Suiza, Inglaterra... Los americanos pusieron especial énfasis en crear o apoyar organizaciones destinadas a «educar» civil y políticamente a un pueblo moralmente tan degradado. Surgen así asociaciones dedicadas a la defensa de los derechos fundamentales, al estudio de los asuntos públicos desde una perspectiva democrática, incluso una suerte de Universidad «para las ciencias políticas» que tuvo su sede en Múnich. Se crearon programas de intercambio de estudiantes con las universidades americanas donde se trataba de inculcarles el espíritu del Derecho público de aquel país y el conocimiento de sus instituciones básicas así como la jurisprudencia de su Tribunal Supremo. Como ha notado Frieder Günther la mayoría de las nuevas organizaciones fracasaron pero crearon un *humus* que tuvo gran influencia en la Alemania de los años posteriores.

Pronto, sin embargo, las fuerzas de ocupación pierden su cohesión. Desaparecido el material que las aglutinaba, que era un tal Adolf Hitler, sus intereses divergentes cobraron vigor y vida propia. Por consiguiente, sus destinos se separan en aquellos espacios desolados. Se está fraguando la guerra fría (una expresión del periodista americano Walter Lippmann) y, con ella, la división de Alemania que durará hasta 1989. Por un lado caminarán el Reino Unido, los Estados Unidos y Francia; por otro, la Unión Soviética.

En septiembre de 1948 se reúne el Consejo parlamentario con delegados de los *Länder* de las zonas inglesa, americana y francesa (*Parlamentarischer Rat*) para elaborar la Ley Fundamental que se aprobaría en mayo de 1949. En ese mismo año se adopta la nueva reforma monetaria destinada a combatir una inflación que dejó datos demoledores: muchos pagos se realizaban en cigarrillos y un paquete

en Berlín podía costar entre sesenta y ciento sesenta dólares, se sabe que el negocio que hicieron los soldados americanos con ello fue fabuloso y dejó el rastro de las enormes remesas de dinero que enviaron a sus cuentas corrientes en América. A partir del 20 de junio de 1948 el marco alemán se convierte en el único medio de pago válido. Por esa época se gestaba también —desde los Estados Unidos de América— el plan Marshall destinado a reactivar la postrada economía alemana (y europea), una de las operaciones económicas más brillantes, solidarias y generosas conocidas en la historia.

Parecido camino se está recorriendo en la zona soviética: el Consejo de Control (*Kontrollrat*) termina sus actividades en marzo de 1948 y, a partir de ahí, la construcción de un Estado propio se consolida, lo que culminará con la aprobación de una Constitución en octubre de 1949 y asimismo de una reforma monetaria adoptada por cierto en medio de cinematográficas precauciones de secreto y sorpresa.

Año ese, como vemos, prolífico en nacimientos: dos Repúblicas, la Federal y la Democrática. En el viejo solar del Imperio ya hay dos Estados, que se miran de reojo, que se edifican sobre la mutua «enemistad» pero que, con todo, no pueden renunciar a mantener lazos comunes que la historia y la realidad impiden romper: lazos económicos y comerciales, lazos culturales, lazos deportivos y lazos también religiosos porque las Iglesias, la católica y la protestante, se resisten a iniciar caminos separados. Hay pues un «cielo partido», *Der geteilte Himmel* que novelaría años después Christa Wolff, pero hay por debajo una «tierra» común en muchos de sus surcos. Al menos hasta 1961 cuando el muro que cerró, abrió una herida sangrante.

Como éste es un librito donde vamos a ver andanzas de juristas y discusiones propias de este oficio empecemos ya con una: ¿qué había pasado con el Estado alemán que venía de Bismarck y de Weimar y, aunque zarandeado, de Hitler? ¿había desaparecido como consecuencia del descalabro bélico? ¿cómo explicaba el clásico Derecho internacional público esta circunstancia histórica tan peculiar y las criaturas jurídicas que habían surgido?

Aunque parezca extraño, en medio de la gran hecatombe hubo tiempo para abordar estas sutilezas en congresos convocados al efecto. Viejas plumas recuperan su fuerza. Hans Kelsen se quedó solo defendiendo la extinción del *Reich* como sujeto jurídico, tesis que

fue la oficial en la «zona» de dominación soviética. La mayor parte de los autores occidentales se decantaron, sin embargo, por defender su supervivencia —su «continuidad»— y explicaron que muchas de sus instituciones podían darse no por muertas sino por paralizadas pues el *Estado* subsistía y se dotaría —cuando pudiera— de una nueva Constitución. Esta tesis tenía muchas ventajas políticas y servía para fundar las aspiraciones alemanas a tomar parte en organizaciones o conferencias internacionales, también como mecanismo de defensa frente a las fuerzas ocupantes, o frente a las amenazas de pérdidas territoriales (en el Sarre, en la cuenca del Ruhr, en el este). La idea de la continuidad representaba en cierta manera la «esperanza», el sueño de volver a levantar cabeza en el concierto internacional con apoyo en un andamiaje jurídico presentable y argumentado con destreza y así fue entendido por quienes participarían en la elaboración de la Ley Fundamental. Günter Dürig, a quien conoceremos con detalle, lo explicará más tarde: «el hecho de que se hayan producido concretas disminuciones del contenido esencial del poder del Estado no lleva sin más a la puesta en cuestión del Estado mismo».

Acabo de citar a los delegados de los *Länder* como primeros agentes en la elaboración de la Ley Fundamental. ¿Qué *Länder*? se preguntará el lector. ¿De dónde habían salido? Conviene detenerse en este proceso que tiene gran interés para España —por la creación *ex novo* de las Comunidades autónomas a finales del siglo xx— y es además de especial actualidad porque justamente ahora, en este segundo decenio del siglo xxi, y con vistas a la construcción europea, se está planteando con fuerza en Alemania una ambiciosa reforma de un texto que nació de entre los muertos y las cenizas bélicas.

En el territorio americano se proclamaron, por sus gobiernos militares, tres Administraciones con la denominación de Estados: Bayern (Baviera), Württemberg-Baden (parte norte) y Hessen. Y ya en 1946 se celebran elecciones a unas Asambleas que tienen el encargo de elaborar textos constitucionales y que son, en efecto, aprobados en los últimos meses de ese año 1946. Poco después se hizo lo mismo en Bremen.

En la zona británica, la creación de estas organizaciones políticas fue más complicada porque, en el territorio atribuido a este país vencedor, no existía una clara delimitación histórica de manera

que surgen artificialmente (en 1946) los nuevos *Länder*: Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia (mixtura confeccionada con los viejos territorios de Oldenburg, Hannover, Braunschweig y Schaumburg-Lippe), Hamburgo y Schleswig-Holstein. También en ellos se celebraron elecciones pero sus Constituciones —con la excepción de Hamburgo— no entrarán en vigor sino más tarde, cuando ya se había aprobado la Ley Fundamental de Bonn. Preciso es añadir que, a partir de enero de 1947, se creó una «bizona» entre americanos y británicos para facilitar la administración de sus respectivos territorios (llamada luego «trizona» cuando a ella se adhirieron los franceses en 1949).

La ciudad de Bremen —que será un *Land* después— contó con su propia Constitución en 1947.

En la zona de administración francesa surgen en 1945 los *Länder* de Baden (parte sur) y Württemberg del Sur-Hohenzollern y en 1946 Renania-Palatinado (Rheinland-Pfalz), creaciones que tardarían años en ser aceptadas por las partes implicadas. En todos ellos se celebraron asimismo elecciones y se aprobaron sendas Constituciones (1947). El Sarre (*Saarland*), tierra de frontera y de conflicto, adquirió el *status* de Land de la República Federal sólo a partir de 1957.

Berlín, que tenía un estatuto especial pues la ciudad estuvo inicialmente administrada por las cuatro fuerzas ocupantes, aprobó su propia Constitución provisional en 1946 que, a partir de 1950, será la Constitución de Berlín Oeste.

A nadie puede extrañar que las plumas de juristas, cuyos nombres ya conocen quienes hayan leído mis «Maestros alemanes de Derecho público» y conocerán quienes sigan leyendo este librito, aparezcan trabajando en los nuevos textos que están conformando la naciente vida jurídica y política alemana: Walter Jellinek, Hans Nawiasky, Carlo Schmid, Theodor Maunz... En estas Constituciones los grandes asuntos debatidos fueron los de la reforma agraria y la socialización de los medios de producción por parte de la socialdemocracia y, por el lado cristianodemócrata, los de la escuela, la familia, el matrimonio o la propia Iglesia.

Es en este contexto en el que debe entenderse el nacimiento de la Ley Fundamental, cuya sala de partos se encuentra en los «Documentos de Frankfurt» que en julio de 1948 recibieron los presidentes de

los *Länder* de manos de los comandantes militares quienes aceptaron la convocatoria de un Consejo (*Rat*) parlamentario para elaborar una ley aplicable a toda la zona occidental. Que puede por ello reunirse por primera vez, como ya he adelantado, en Bonn, el 1 de septiembre de ese año 1948. Las —innegociables— instrucciones de los aliados se referían a la necesidad de fundar un orden democrático con garantías para las libertades individuales y también a la creación de una estructura estatal federal. Pero sin que tal autorización significara que se les pasara por la cabeza a estos ilustres comandantes abdicar de sus poderes excepcionales en el territorio alemán.

Se componía el citado *Rat* de sesenta y cinco miembros elegidos por las Asambleas o Parlamentos de los nuevos *Länder* agrupados por familias políticas, no por procedencia geográfica. Para la presidencia eligieron a Konrad Adenauer. Importancia capital tiene un mágico lugar llamado *Herrenchiemsee* (lago hermosísimo sito en las cercanías de Múnich) donde sesionó en el mes de agosto, convocados por los presidentes de los *Länder*, una comisión de expertos. Saldrán más adelante algunos de ellos, pero anotemos ya los nombres de Carlo Schmid —que será también miembro del Consejo parlamentario— y, en posición inferior, el de Theodor Maunz. El viejo Richard Thoma fue consultado como experto «externo» y, en tal calidad, redactó algunos dictámenes. Todos ellos trabajaron con el recuerdo del fracaso de Weimar pero también de lo que había ocurrido en la Iglesia de san Pablo de Frankfurt en 1848 cuando interminables discusiones profesoras dificultaron la adopción de los acuerdos que la hora histórica exigía. Estas gentes eran bien conscientes de que no era fácil hacer una Constitución porque, como se encargara de subrayar Carlo Schmid, las Constituciones las hacen los pueblos soberanos y el alemán sencillamente no lo era. Por eso era preciso conformarse con una «Ley Fundamental» hasta el momento en que el pueblo alemán pudiera hablar con libertad.

En ese lugar de Baviera las mayores complicaciones las ofrecieron los expertos bávaros por su empeño en crear un sistema federal de *Länder* fuertes y de un *Bund* o Federación débil. Frente a ellos, personas como Carlo Schmid defenderían un federalismo unitario como vía además para arribar, mejor equipados, al puerto de la unidad alemana. En este contexto era inevitable abordar de nuevo el debate acerca de la supervivencia del viejo *Reich* y, en este sentido, fren-

te a las tesis de Kelsen, juristas como Schmid insistieron en la continuidad del mismo: la sustancia de Alemania permanece, sólo que se halla ahora «desorganizada, misión nuestra es volver a darle cuerpo». Grandes quebraderos de cabeza fueron —entre otros— la discusión entre Senado —cuyos miembros serían elegidos por los parlamentos de los *Länder*— o *Bundesrat*, vinculado a sus gobiernos; las finanzas federales y de los territorios federados; el voto de censura constructivo, capital para evitar las permanentes crisis políticas de la época de Weimar; la posición de los partidos políticos, que habían de adquirir dignidad constitucional; la enumeración de los derechos fundamentales; la creación de un Tribunal constitucional, aceptada con amplio consenso aunque con matices: Schmid, por ejemplo, quería esquivar la deformación profesional de los jueces incorporando a jueces legos y Hans Nawiasky —procedente del círculo vienés kelseniano— redactó todo un anteproyecto de ley para el tribunal por encargo del Gobierno bávaro...

Siempre sintiendo en su nuca el aliento y la mirada atenta de las fuerzas militares de ocupación, el Consejo parlamentario logró aprobar el texto de la Ley Fundamental por una mayoría de 53 votos contra 12 (bávaros, derechas y comunistas). Estamos en mayo de 1949. Hay, como es natural, discusiones animadas en torno a los preceptos que se estaban escribiendo y, en tal sentido, son de destacar —como había ocurrido junto al lago bávaro— las referidas a los derechos, especialmente los sociales; la propiedad —punto de fricción entre los dos partidos que habrían de ser mayoritarios—; las invocaciones al Derecho internacional; la objeción de conciencia al servicio militar; los contornos de la estructura federal de la nueva República con el renovado enfrentamiento contra los bávaros «federalistas»; la escuela y la influencia de las iglesias; el reconocimiento del Concordato... Hay momentos litigiosos entre los partidos pues anidaban en ellos discrepancias internas relevantes —las de Schmid con la dirección de los socialistas es un ejemplo bien elocuente— y hay asimismo momentos de especialísima y máxima tensión como cuando, en los primeros días de marzo de 1949, los comandantes militares rechazaron el texto que había sido ya aprobado unos días antes por los miembros del *Rat*. Pretendían los aliados reforzar los poderes de los *Länder* en detrimento de la Federación (*Bund*), ocasión esta que desencadenó negociaciones a varias bandas: entre los alemanes, entre los alemanes

con los aliados, entre las mismas filas aliadas. Al final, algunos preceptos fueron reelaborados, especialmente los referidos a la constitución financiera y hacendística y a la salvaguardia de la unidad jurídica y económica (haciendo encaje de bolillos con las traducciones) lo que abre el camino para el *placet* aliado de forma que el 6 de mayo se culmina la segunda lectura en el plenario. El 23 de ese mes se produce una firma solemne bajo acordes musicales fastuosos: descartado el cuarteto «Emperador» de Haydn por sus evocaciones nacionales, se interpretó a Händel, más neutral (al fin y al cabo era un alemán que conoció el éxito en Inglaterra).

Con posterioridad fue adoptado también por los parlamentos de los *Länder*. Su contenido fue concebido como provisional... hasta que existieran las condiciones para que la Nación alemana en su conjunto pudiera darse una Constitución. Carlo Schmid se encargaría de subrayar, con su pluma de profesor, esta característica del texto que nacía: en aquella hora convulsa se había hecho lo máximo que se podía hacer.

En tal sentido, es muy elocuente el Preámbulo que llevó la Ley Fundamental —donde se perciben claramente las inquietudes de Schmid— pues empieza invocando la responsabilidad «ante Dios y los hombres» y sigue con las bellas palabras «animado por la voluntad de guardar su identidad nacional y estatal y servir, en igualdad de derechos, a la paz del mundo en una Europa unida, el pueblo alemán, en los *Länder...*». Pronto se ocuparía el Tribunal Constitucional de explicar el significado de este Preámbulo y también su valor jurídico, de acuerdo con la doctrina tradicional de los juristas de Weimar.

A destacar que en ningún momento se convocó al pueblo para su ratificación, aunque los aliados pensaron en algún momento en un referéndum. Tampoco se le ha convocado después para las modificaciones que ha vivido, incluida la muy notable de la reunificación en los años noventa, con la excepción de alguna relacionada con la configuración definitiva de los *Länder* (por ejemplo, en 1952 nació, como resultado de consulta popular, el *Land* de Baden-Württemberg, una fusión bien controvertida de los *Länder* Württemberg-Baden, Baden y Württemberg-Hohenzollern).

Insisto en esta ausencia de la participación directa del pueblo porque cuando escribo estas páginas se está viviendo en Alemania la

polémica acerca de la necesidad de un referéndum para la acomodación del derecho constitucional a la construcción europea y vemos a miembros conspicuos del Tribunal Constitucional defendiéndola. No puede dejarse de anotar que es lícito el planteamiento de tal escrípulo pero desde luego sería una novedad de bulto en el Derecho público alemán del último medio siglo. Hay que tener en cuenta que esta alergia a la comparecencia popular no es casualidad pues de la experiencia de Weimar salió el país escaldado. Y sus juristas avisados.

Conviene saber que todos estos textos constitucionales —de los *Länder* y de Bonn— no desplazaron lo que podríamos llamar el Derecho emanado de los órganos militares de ocupación que sólo cedía allí donde éstos expresamente lo permitían. La Alta Comisión Aliada formaba una especie de «supragobierno» que controlaba la política exterior, las cuestiones afectantes a la seguridad, la desmilitarización, el comercio exterior... las leyes alemanas necesitaban por tanto las firmas de los tres Altos comisarios de Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia. Quiérese decir que este proceso —tan bello desde la perspectiva jurídica— de aprobación de cartas constitucionales, tablas de derechos fundamentales y demás, careció de la fuerza suficiente —al menos hasta el 26 de mayo de 1952 en que se aprueba el llamado *Deutschlandvertrag*— para reducir sustancialmente los poderes de las fuerzas militares vencedoras. Y que serán «ocupantes» hasta mayo de 1955, momento en que Alemania recobra su soberanía (Acuerdos de París) y desaparece formalmente el «protectorado» que había sido la República y la «ocupación» (aunque seguirían por un tiempo las tropas estacionadas en Alemania, contemplada ya como espacio de la recién nacida OTAN).

Ahora volvamos atrás para saber qué pasó en la «zona» soviética y señalar que se vive un proceso paralelo. Se crean los *Länder* Brandenburg, Mecklenburg, Thüringen, Sajonia (Sachsen) y Sajonia (Sachsen)-Anhalt con sus respectivas Constituciones y una cierta autonomía que perderían definitivamente en 1952. Un «Congreso del pueblo», en el que se integraron distintas comisiones, se encargó de redactar un texto cuyos trabajos se aceleraron cuando se aceleraron los trabajos en la zona occidental. La característica fundamental en todo el itinerario es la vigilancia de las autoridades soviéticas —como en el otro lado ocurrió con las de los otros países vencedores— y el predominio absorbente del nuevo partido SED (*Sozialistische Ein-*

*heitspartei Deutschlands*), fruto de la fusión ordenada por el mando militar de los partidos socialista y comunista, más sus organizaciones satélites. Los demás partidos políticos (entre ellos, el cristiano-demócrata) actuaron como cuerpos que apenas sí lograban proyectar finas sombras. Walter Ulbricht, hombre fuerte de la nueva situación, lo diría con la sutileza que fue su estilo: «ha de parecer democrático, pero nosotros [se refería a los comunistas] debemos tenerlo todo en la mano». Desde el 7 de octubre de 1949 dispondría el nuevo Estado de su texto constitucional.

Para advertir las diferencias, a los efectos de entender el mundo jurídico objeto de este libro, entre las dos Alemanias que nacían, basta con anotar un dato. Lo que en la República Federal se convirtió en un festín para los juristas y en un negocio ubérrimo para las editoriales especializadas, a saber, los comentarios y estudios sobre la Ley Fundamental, en la República Democrática recibió este jarro de agua helada desde la jefatura del Partido el día 18 de abril de 1950: «no es apropiado publicar un comentario a la constitución de la DDR».

## II. EL DESPERTADOR SUENA: FIN DE LOS SILENCIOS

¿Qué consecuencias había tenido en el mundo profesoral el paso por la historia alemana de lo que con exactitud terminológica y cromática podemos llamar «la bestia parda»? ¿cómo se iban a levantar los supervivientes por entre el montón de escombros que aquella había dejado? ¿cómo iban a reaccionar al sonido de las campanas que anunciaban un tiempo desconocido? ¿cómo a un espacio donde los ojos empiezan a recobrar sus brillos y las oquedades a perder su oscuridad?

Resulta estremecedor pensar y poner caras a aquellos profesores que habían chapoteado gozosos en la charca nazi y a quienes, por el contrario, habían vivido dramas personales intensos, esos que dejan cuchillos en forma de cicatrices, angustias que infligen latigazos de tragedia. Y ahora, tras la monstruosa inmolación, se vuelven a encontrar como viejos colegas y han de recomponer sus vidas, y hacerlo cuando aún hay espejos que reflejan miradas vidriosas y muchas vivencias comunes han muerto en medio de una melodía fúnebre.