

## EL PELIGROSO DISCURSO LEGITIMANTE DE LOS JURISTAS: ANÁLISIS DE DOS CASOS

Por Felipe Guerrero Sánchez

### I. La legitimación del régimen nazi por los juristas: El caso de Carl Schmitt

1. La figura de Carl Schmitt (1888-1985) fue claramente importante para legitimar el nacionalsocialismo en Alemania. Como un jurista de reconocido prestigio en círculos académicos, su afiliación relativamente temprana al nazismo fue fundamental para la elaboración del discurso régimen. En efecto, en 1934 el propio Schmitt sostenía “de modo general que el “espíritu del nacionalsocialismo” debía considerarse como una suerte de norma no escrita del ordenamiento jurídico, una especie de fuente supralegal del derecho, y este espíritu latía subyacente en el orden del pueblo fundado sobre la base de la igualdad racial. Sobre esta base, Schmitt alegaba: “La totalidad del derecho alemán actual [...] tiene que estar exclusiva y únicamente guiada en el espíritu del nacionalsocialismo [...] Toda interpretación debe ser una interpretación en el sentido del nacional-socialista.”<sup>1</sup>

2. La importancia de los juristas para disponer al régimen nazi de un discurso legitimante, fue incluso sustentada por el propio Adolf Hitler, quien aún a pesar de considerar que “todo jurista era retrasado por naturaleza”<sup>2</sup>, dejó claro su pensamiento apenas asumió el cargo de canciller, en un discurso que pronunció ante el parlamento alemán, señalando que el Derecho debía “servir, en primer lugar, al mantenimiento de esta comunidad nacional” articulada a través del Estado y encarnada en la persona del Führer, por lo cual “el individuo no puede ser el centro de los cuidados de la ley, sino el pueblo.”<sup>3</sup> A su vez, “exhortaba a los encargados de interpretar y aplicar el Derecho, en una conferencia especial celebrada el 4 de octubre de ese año [1933], a: mantener la autoridad de este Estado totalitario.”<sup>4</sup>

En este contexto, la labor de los académicos del Derecho se dedicó “desde el mismo día de asunción del poder por parte de Hitler, a producir y difundir en publicaciones especializadas y libros específicos lo que desde un comienzo podía definirse como una “teoría del Derecho” y una “teoría del Estado” nacionalsocialistas, cuyo efecto inmediato no menor estaba dirigido claramente a legitimar y racionalizar en

---

<sup>1</sup> RAFECAS, Daniel. *Los tribunales de justicia y el Nacionalsocialismo*. p. 3

<sup>2</sup> RAFECAS, Daniel. *El Derecho penal frente a la Shoá*. p. 10. En este sentido, señala que “Hitler siempre odió a los juristas. Ya en 1933 se dirigió a éstos advirtiéndoles que “el Estado no debe conocer diferencia alguna entre la ley y la ética”, y que llegaría el día en que esta identidad iba a convertir en innecesaria a la primera, con lo que va de suyo que tornaría también obsoletos a sus principales operadores. Llegó a decir que se acercaba el día en que Alemania se vería librada de ellos de una vez por todas, y así la ley, encarnada en la palabra del Führer, fluiría sin interferencias hacia su pueblo.”

<sup>3</sup> BRACHER, Karl. *La dictadura alemana. Génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo*. Madrid, Alianza, 1995, p. 22. Citado por RAFECAS, Daniel. *Los tribunales de justicia y el Nacionalsocialismo*. p. 1

<sup>4</sup> NEUMANN, Franz. *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*. Traducción de Vicente Herrero y Javier Márquez. Fondo de Cultura Económica, México, 1943. p 69.

los tribunales de justicia, las insólitas iniciativas legislativas desplegadas por el nuevo régimen.<sup>5 6</sup>

Según Franz Neumann, “el punto central de la teoría jurídica nacional-socialista consiste en negar totalmente la generalidad del derecho. Por consiguiente, no puede haber separación de poderes. El poder del estado constituye un todo indiviso e indivisible englobado bajo la categoría de la “unidad de liderazgo” [...] La principal función del derecho nacional socialista consiste en conservar la existencia racial. Por consiguiente, necesita subrayar las diferencias biológicas y negar la igualdad social o jurídica y los derechos civiles. No puede haber una judicatura independiente sin reglas generales que la guíen. Hoy [circa 1942], la autoridad del juez se basa en los dictados del Führer.”<sup>7</sup>

3. En diciembre de 1933, Carl Schmitt publica el ensayo “Estado, movimiento, pueblo”, sosteniendo que “El contacto permanente e indudable que existe entre el Führer y los que le siguen, como así también su finalidad recíproca, se basa en la igualdad genérica [es decir, la identidad de pueblo y raza]. Sólo esta igualdad puede evitar que el poder del Führer se convierta en tiranía y arbitrariedad.”<sup>8</sup> Lo anterior, junto con otros numerosos artículos que avalan las leyes nazis, lo convierte en “el político y teórico del derecho más prestigioso de Alemania”<sup>9</sup>, o “el jurista más importante del III Reich”.

Para Víctor Farías, Schmitt “Había sido conocido como el kronjurist, la corona o el cerebro jurista del III Reich. El principal artífice de la arquitectura jurídica del nazismo. El diseñador del permanente del “estado de excepción”, para quien la política es sinónimo de guerra y el adversario o disidente, de enemigo. El teórico del decisionismo que lleva al límite perverso la máxima de Hobbes “Autoritas non veritas facit legem (la autoridad, no la verdad, es la que hace las leyes). Una actualización de esa otra indisoluble unidad marital, la del trono y el altar, en la que el monarca absoluto es ahora un providencial Führer o Caudillo. En la práctica, una justificación de la tiranía con lenguaje futurista, para la sociedad de masas.”<sup>10</sup>

4. La importancia de Schmitt fue no solamente teórica, sino que también práctica, toda vez que “fue el propio Schmitt quien resumió tempranamente la estrategia nazi para concretar la demolición del Derecho penal liberal y de esta forma desatar, en una escala nunca antes vista, el ejercicio estatal del poder punitivo proveniente de la detención de todos los resortes del sistema penal.”<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> RAFECAS, Daniel. *Los tribunales de justicia y el Nacionalsocialismo*. p. 1.

<sup>6</sup> Además de la obra de Carl Schmitt, debe reconocerse la influencia de Edmund Mezger, profesor de Derecho Penal declarado nazi, y cuya influencia en Latino América se nota hasta el día de hoy.

<sup>7</sup> NEUMANN, Op. Cit. p. 497

<sup>8</sup> RAFECAS, Daniel. *La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo. El perturbador ejemplo de Carl Schmitt*. publicado en Revista “Academia”, Año N° 8, N° 15, 2010 pp. 133-166, y en la revista Nuestra Memoria, Fundación Museo del Holocausto, Buenos Aires, N° 34, diciembre de 2010, pp. 97-124. p. 4

<sup>9</sup> FIEDLÄNDER, Saul. *El Tercer Reich y los judíos (1933-1939)*. Los años de la persecución. Barcelona, Glaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2009, Traducción de Ana Herrera. p. 84

<sup>10</sup> FARIAS, Víctor. *Heidegger y el nazismo*. Mallorca Objeto Perdido Ediciones, 2009. Edición corregida y aumentada. p. 231.

<sup>11</sup> RAFECAS, Daniel. *La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo*. Op. Cit. p. 4

En consecuencia, su labor fue clave en la concepción de la política como guerra, dirigida con especial énfasis en la población judía. El *kronjurist* fue un seguidor del antisemitismo de Hitler, lo cual inicia con la persecución de Hans Kelsen en la Universidad de Colonia. Incluso, Friedländer señala que “para asegurarse de que no había ningún malentendido acerca de la posición que tomaba, Schmitt introdujo algunos comentarios abiertamente antisemitas en la nueva edición de su obra *El concepto de lo político*, publicada en 1933”, adoptando posición aún más extrema y franca que la del mismo Martin Heidegger.

5. La importancia de los discursos jurídicos funcionales al nazismo que propuso Carl Schmitt, se impone en los siguientes hitos:

a) La legislación de excepción en ocasión del incendio del Reichstag

La legislación sancionada con ocasión del incendio del Parlamento alemán (Reichstag), mediante la ley de 28 de febrero de 1933, que autorizaba a la policía secreta a detener ciudadanos sin una orden judicial bajo los rótulos de “enemigos” o “conspiradores” y podía mantenerlos en “custodia protectora” en campos de concentración.

Posteriormente, el 24 de marzo del mismo año, se publica la “Ley para remediar la miseria del pueblo y del Reich (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich), con la cual el Reichstag le concedió a Hitler amplias facultades legislativas en forma permanente, delegando prácticamente en forma definitiva sus funciones al poder ejecutivo, en base a estado de excepción; facultades que se convirtieron en permanentes.

Ambas leyes fueron respaldadas por Carl Schmitt, junto con otros juristas, quien sostenía que “esta nueva ley era una suerte de norma constitucional transitoria para la nueva Alemania y que ello estaba legitimado a partir de lo sucedido en las elecciones del 5 de marzo de aquel año, cuyo resultado consideraba “un plebiscito mediante el cual el pueblo alemán ha reconocido a Adolf Hitler (...) como el Führer político del pueblo alemán”.<sup>12</sup>

Evidentemente, la concentración de poderes en el ejecutivo fue escalando hasta la disolución de los demás poderes, quedando el poder judicial como un mero instrumento administrativo. “Esta abolición de la autonomía judicial culmina en una ley de 24 de noviembre de 1937, por la cual el poder político, a través del Ministerio de Justicia, no sólo tenía la facultad de designar jueces, sino también de asignarlos a un cargo concreto, y completada por otra ordenanza del 26 de agosto de 1938, por la cual el ministro de Justicia se arrogó facultades discrecionales para trasladar arbitrariamente a cualquier magistrado.”<sup>13</sup>

b) La noche de los cuchillos largos.

---

<sup>12</sup> Debe recordarse que en el plebiscito, el Führer no alcanzó la mitad de los votos.

<sup>13</sup> NEUMANN. Op. Cit. p. 500

El 30 de junio de 1934, Hitler y las SS planificaron el asesinato de un centenar de adversarios políticos, en lo que se conoció como “la noche de los cuchillos largos”. Una vez finalizada la masacre, “se culpó falsamente a los comunistas, tal como hoy lo demuestran los historiadores serios e imparciales, y se ordenaron acciones policiales inmediatas para capturar a los funcionarios de ese partido, ocupar sus oficinas y expropiar sus bienes”.<sup>14</sup>

Lo anterior permitió a Hitler conseguir mayoría en el Reichstag, de manera que el 3 de julio se sanciona la “Ley de las Medidas de Legítima Defensa del Estado” por la cual se consideraba a los sucesos acaecidos los días previos como un acto directo de ejercicio de jurisdicción por parte del Führer.

Así, al decir del profesor Rafecas, “En una de las páginas más vergonzosas de la historia del Derecho, que muestra hasta dónde pueden llegar los discursos jurídicos justificantes del más brutal ejercicio ilegal del poder punitivo estatal, para colmo en boca de un destacado e influyente jurista de renombre internacional, Schmitt sostenía en ese opúsculo llamado “El Führer defiende el derecho”:

*“El Führer está defendiendo el ámbito del derecho de los peores abusos al hacer justicia de manera directa en el momento del peligro, como juez supremo en virtud de su capacidad de líder (...). El auténtico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez en líder opositor o en instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la Justicia. Se trata de un método aplicado con frecuencia no sólo para destruir el Estado sino también el derecho. Un ejemplo característico de la ceguera del pensamiento jurídico liberal fue el intento de transformar el derecho penal en el gran salvoconducto, la “magna carta del criminal” (Cfr. Von Liszt). El derecho constitucional, de igual manera, tuvo que tornarse la magna carta de los reos de alta traición y los traidores a la patria”.*

*En realidad el acto del Führer correspondió a una jurisdicción auténtica. No está sometido a la Justicia sino que se constituyó en sí la más alta justicia (...). En un Estado dirigido por un solo líder (...) en el que el cuerpo legislativo, el gobierno y la Justicia no se vigilen con recelo, como sucede en el Estado de derecho liberal [aquí cita a su discípulo Ernst Rudolf Huber], lo que normalmente se consideraría justo para un acto de gobierno tiene que serlo en una medida muchísimo mayor al tratarse de un acto por medio del cual el Führer probó su liderazgo y judicatura supremos.*

*Dentro del espacio total de aquellos 3 días [del 29 de junio al 1º de julio de 1934] destacan particularmente las acciones judiciales del Führer en las que como líder del movimiento castigó la traición de sus subordinados contra él como líder político supremo del movimiento. El líder de un movimiento asume como tal un deber judicial cuyo derecho interno o puede ser realizado por nadie más.”*

---

<sup>14</sup> RAFECAS, Daniel. *La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo*. Op. Cit., p. 6

### c) Las leyes de Nuremberg

Sancionadas el 15 y 16 de septiembre de 1935, las leyes de Nuremberg se proponían proteger la sangre y el honor alemanes. “El objetivo fundamental de estas normas era consagrar jurídicamente que los judíos alemanes dejaban de ser ciudadanos plenos para pasar a ser de segunda clase, lo que implicaba, en forma manifiesta, la abolición del principio de igualdad ante la ley, ello como un paso decisivo en el largo proceso de exclusión legal del colectivo judeo alemán.”<sup>15</sup> De este modo, se crearon nuevos delitos tendientes a reprimir con penas de presidio o prisión los matrimonios entre judíos y arios, y el “comercio carnal extramatrimonial entre judíos y ciudadanos de sangre alemana”,<sup>16</sup> entre otras figuras.

Si bien estas leyes fueron obra de Stuckart y Lösener, Carl Schmitt las defiende en su trabajo denominado “La Constitución de la libertad”, publicado el 1º de octubre de 1935, en el cual decía:

*“La palabra “alemán” aparece [en las leyes de Nuremberg] únicamente para recalcar que “todos los alemanes son iguales ante la ley”. Pero esta frase, que, dentro de una concepción de lo alemán sustancial y relativa al pueblo, hubiera adquirido un sentido recto, sirvió por el contrario para tratar a quienes no son de la misma raza igual que a los alemanes y para considerar como alemán a todo aquél que fuera igual ante la ley (...) Hoy el pueblo alemán vuelve a ser pueblo alemán también en el ámbito del Derecho. Tras las leyes del 15 de septiembre [de 1935], la sangre y el honor alemanes son de nuevo conceptos fundamentales de nuestro Derecho. El Estado, ahora, es un instrumento de las fuerzas de la unidad populares.” (...)*

*No son tres importantes leyes aisladas sin más a la altura de otras leyes importantes. Ellas abarcan e impregnan todo nuestro Derecho. A partir de ellas se determina qué es para nosotros moralidad y orden público, a que puede llamarse decencia y buenas costumbres. Son la Constitución de la libertad, el núcleo de nuestro Derecho alemán actual. Todo lo que hacemos en calidad de juristas alemanes alcanza gracias a ella honor y sentido.”<sup>17</sup>*

### d) El congreso de juristas para erradicar toda influencia judía.

Carl Schmitt fue “inspector de grupos del Reich” en la Alianza de Guardianes del Derecho Nacionalsocialista, convirtiéndose en el organizador y principal expositor del congreso de juristas de 1936, en la Universidad de Berlín, destinado a erradicar de la

---

<sup>15</sup> Ibidem. p 7

<sup>16</sup> Existía también la analogía in malam partem, de manera que, en palabras del historiador Raúl Hilberg, “las cortes juzgaran que el intercambio sexual no tenía porqué llegar a consumarse para desatar las previsiones criminales de la ley: bastaba la gratificación sexual de una de las personas en presencia de la otra. Tocando, o hasta mirando podía ser suficiente. El razonamiento en estos casos era que la ley protegía no sólo la sangre sino también el honor, y un alemán, específicamente una mujer alemana, era deshonrada si un judío se le aproximaba o la provocaba sexualmente de cualquier manera. Visto en RAFECAS, Daniel. *Los tribunales de justicia y el Nacionalsocialismo*. p. 10.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 8

ciencia jurídica alemana todo vestigio de influencia de autores judíos. El congreso sesionó los días 3 y 4 de octubre y contó con cientos de profesores universitarios, quienes debatieron sobre “La judería en la ciencia jurídica alemana”. En su discurso de inauguración, Schmitt declara:

*“Tres máximas han de presidir nuestro congreso. La primera de ellas es un aforismo de nuestro Führer incluido en su libro “Mein Kampf”. Ya en la primera parte del libro, durante algunas páginas, se ocupa de la “dialéctica judía”. Aquí está expuesto, del modo más palmario, todo aquello que queremos decir y hacer visible acerca del ser judío y de sus artificios. Aquello que el Führer ha dicho sobre la dialéctica judía debemos grabarlo en nosotros mismos y en nuestros estudiantes para afrontar el gran peligro, siempre renovado con enmascaramientos y verborreas. Con un antisemitismo intuitivo y con la negación general de algunas manifestaciones judías especialmente molestas y desagradables no se consigue nada. Se requiere de una seguridad basada en conocimientos. Tal seguridad había sido adquirida, ya antes de la Guerra, por un pobre hombre alemán solitario en Viena, antes que la ciencia oficial estuviera bajo el profundo hechizo del espíritu judío, el cual, por medio de conceptos e instituciones, producía toda la educación del mundo burgués de aquel entonces. Los importantes discursos del Führer y de sus compañeros de batalla en el Día el Honor del Partido en Nürnberg nos ha hecho tomar conciencia con una claridad que nos pone en alerta sobre la actual situación de batalla en el conflicto ideológico contra el judaísmo y el bolchevismo. En esta decisiva batalla ideológica también se encuentra nuestra labor científica. El sentido último y más profundo de tal batalla y, por ello de nuestra labor actual, reside en la siguiente máxima pronunciada por el Führer: Mientras me defiendo de los judíos, lucho por la obra de Dios.”<sup>18</sup>*

Finalmente, en el discurso de clausura, luego de debatir la necesidad de incluir la referencia “el judío” antes de citar a un autor de dicho pueblo (como Hans Kelsen), Schmitt señaló que “Ya con la simple mención de la palabra judía se produce un exorcismo saludable”.

## **II. La influencia de Carl Schmitt en el kronjurist de la dictadura chilena: Jaime Guzmán Errázuriz**

6. El pensamiento y labor de Carl Schmitt para legitimar el régimen nazi no quedó solamente en Alemania. Una vez terminada la guerra, encontró asilo en la España franquista, donde siguió publicando y encontró discípulos que lo ayudarían a exportar su pensamiento a otras latitudes. En este contexto, no podemos dejar de mencionar el caso

---

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. *Discursos en el congreso organizado por el grupo de estudiantes universitarios de la asociación nacionalsocialista para la salvaguarda del derecho (3-4 de octubre de 1936)*. Traducción de Federico Fernández-Crehuet. Los discursos de inauguración y de clausura se pueden ver en el libro que se publica a modo de actas del congreso: SCHMITT, C. (ed.), *Das Judentum in Der Rechtswissenschaft. Anprache, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichgruppe HochShulleher des NSBB. Am 3 und 4. Oktober, Berlin*. Visto en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47 (2013), p. 307.

de las dictaduras de la doctrina de seguridad nacional en América Latina, y –para efectos de este trabajo–, especialmente el caso de Chile.

7. En 1970, Chile había elegido democráticamente al primer presidente socialista en su historia, Salvador Allende Gossens (1908-1973), quien, liderando la coalición política de la Unidad Popular, llevó a cabo varias medidas tendientes a transformar la sociedad chilena, bajo el amparo de la Constitución de 1925. Después de tres años de gobierno, la derecha chilena, representada por la oligarquía y los sectores más conservadores, consideran insostenible la situación política del país, por lo que, apoyados por la CIA estadounidense, planifican y desatan un golpe de estado el 11 de septiembre de 1973, liderado por el general de ejército Augusto Pinochet Ugarte (1915-2006); el cual se representa en el emblemático bombardeo a La Moneda, la casa de gobierno chilena, que concluye con la muerte del presidente Allende y la imposición de una dictadura que duraría 17 años.

8. Del mismo modo que en la Alemania nazi, el régimen militar chileno necesitó de intelectuales que legitimaran su actuar y la imposición de sus políticas públicas y económicas. En este contexto, la figura más importante no es otra que Jaime Guzmán Errázuriz (1946-1991), abogado, profesor de derecho constitucional, político, y principal intelectual del régimen. A diferencia de Schmitt, la obra intelectual de Guzmán se destaca por ser mucho más pragmática: no existe ninguna sistematización de su pensamiento (falleció sin terminar su primer libro sobre derecho constitucional), pero sí goza de innumerables publicaciones de artículos de revistas, periódicos, discursos en televisión pública, la fundación del partido Unión Demócrata Independiente, la elaboración de los discursos del mismo general Pinochet, y principalmente, la elaboración y génesis de la constitución chilena de 1980.

9. La influencia de Schmitt en el pensamiento de Guzmán se refleja en la génesis de la constitución y el concepto del poder constituyente. En su obra *Teoría de la Constitución*, Schmitt estudia la evolución del constitucionalismo en Alemania, y justifica la génesis de la constitución de Weimar en 1918,<sup>19</sup> a través de la formación de la Asamblea Constituyente, señalando que “la peculiar situación de una Asamblea Constituyente que se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, puede designarse con la mayor propiedad dictadura soberana.”<sup>20</sup>

En el caso alemán, el Poder Constituyente fue asumido por la Asamblea Constituyente, después del proceso revolucionario al final de la primera guerra mundial, sustituyendo el Poder Constituyente del monarca por el del pueblo. De esta forma, la Constitución alemana de 1871 fue destruida (*Verfassungvernichtung*) por la revolución de 1918, que promulga la Constitución de Weimar de 1918. Así, “Una reforma de la

---

<sup>19</sup> Una vez derrotada Alemania en la primera guerra mundial, se termina la monarquía constitucional con la abdicación del káiser en 1918. Los socialdemócratas proclamaron la República y el 10 de noviembre formaron un gobierno provisional ejercido por un Consejo de Comisarios del Pueblo, quien a su vez convocan una Asamblea Nacional Constituyente, que asume el Poder Constituyente del pueblo.

<sup>20</sup> CRISTI, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*. LOM Ediciones, Primera Edición, 2011, Santiago de Chile. p. 213

Constitución que transforme un Estado basado en el principio monárquico en uno denominado por el Poder Constituyente del pueblo, no es en ningún caso constitucional. Y a la inversa, “una Constitución basada en el Poder Constituyente del pueblo no puede ser transformada en una Constitución de principio monárquico en vías de una reforma o revisión de las leyes constitucionales. Eso no sería reforma sino destrucción de la Constitución.”<sup>21</sup>

Ahora bien, la Asamblea Nacional Constituyente no es el único procedimiento posible para destruir la Constitución, toda vez que también existen como alternativas:<sup>22</sup> (a) Una Asamblea Nacional, como la de Weimar, que acuerda y despacha una Constitución; (b) Una Convención que elabora un proyecto constitucional para ser sometido a un referéndum, como el caso de la Convención francesa de 1792 y de la Constitución federal de Estados Unidos de 1787; y (c) Finalmente, un plebiscito aprueba un proyecto surgido “de un modo cualquiera”, como los plebiscitos napoleónicos de 1799, 1802 y 1804. Como señala Schmitt, “el influjo electoral del Gobierno napoleónico fue bastante fuerte y desconsiderado; estropeó la finalidad del plebiscito haciendo sospechosa la experiencia democrática”.<sup>23</sup> Esta última opción es importante, porque sería la alternativa usada en el caso chileno, lo cual debe relacionarse con que Schmitt concebía como sujetos del poder constituyente no solamente al monarca y al pueblo, sino que agrega un tercer sujeto: una minoría o una “organización firme” (como las fuerzas armadas), de manera que el estado tenga la forma de “una aristocracia u oligarquía”.<sup>24</sup>

10. Carl Schmitt no tuvo que legitimar una Constitución nazi formal, toda vez que Hitler no se preocupó de elaborar una Constitución nueva, bastando solamente con la de Weimar, y –según lo explicado-, ejerciendo poder bajo un “estado de excepción”. Según señala el mismo Schmitt, “soberano es quien decide acerca de la situación excepcional”<sup>25</sup>.

Sin embargo, en Chile el caso fue distinto. La junta de gobierno justificaba el golpe de estado por la existencia de una situación de inestabilidad generada por el gobierno de la Unidad Popular en uso de la Constitución de 1925. Así, dos días después del golpe, en su primera sesión secreta, la junta de gobierno encomienda el estudio de una nueva Constitución Política, que “estará dirigido por el Profesor Universitario Don Jaime Guzmán”.<sup>26</sup> En este sentido, Renato Cristi señala que “El hecho de que el día 13 de septiembre [de 1973] la junta nomine a Guzmán, un abogado constitucionalista de solo 27 años, para el estudio de una nueva Constitución indica hasta qué punto su pensamiento y sus proyectos políticos estaban ya involucrados en la intervención militar. Guzmán guía los pasos iniciales de la junta militar, juega un papel decisivo en la formación y

---

<sup>21</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Alianza, 1982, 1934. p. 119.

<sup>22</sup> *Ibidem*. pp. 101 y ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*. p. 103

<sup>24</sup> *Ibidem*. p 98.

<sup>25</sup> SCHMITT, Carl. *Teología Política: Cuatro Ensayos sobre la soberanía*. 1922, Editorial Trotta. p. 11

<sup>26</sup> Primera Sesión de la Junta de Gobierno, 13 de Septiembre de 1973.

consolidación del nuevo régimen político y se convierte en su Kronjurist, aunque sería más justo decir que en materias constitucionales la corona la porta él mismo.”<sup>27</sup>

La creación de una nueva Constitución desde el día mismo del golpe de estado, indica que la práctica la Constitución de 1925 fue destruida, en términos schmitteanos. El Poder Constituyente del pueblo fue suprimido, asumiendo entonces el Poder Constituyente una minoría, una “organización firme”, que serían las fuerzas armadas. “La concepción schmitteana del Poder Constituyente sirve para demostrar que la junta militar no se constituye como una dictadura comisaria sino soberana.”<sup>28</sup> El ejercicio del Poder Constituyente estaba siendo asumido, hasta antes de 1980, a través de decretos leyes, o “decretos-constitucionales”<sup>29</sup>, y desde 1975, en Actas Constitucionales.

Jaime Guzmán reconoce que la junta militar asume “la plenitud del poder político de Chile”, haciendo alusión a las monarquías absolutas de Europa de los siglos XVII y XVIII. La arrogación de este poder emana del artículo 3° del Decreto Ley N° 1, llamado también Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, publicado en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 1973, que señala que la junta “*respetará la Constitución y las leyes, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone*”.<sup>30</sup>

Cabe mencionar también en este punto el Decreto Ley N° 128 de 12 de noviembre, publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1973, que según Guzmán es “aclaratorio e interpretativo” del Decreto Ley N° 1, señalando que la junta de gobierno asume el ejercicio de los poderes legislativo y ejecutivo, “*y en consecuencia el Poder Constituyente que a ellos corresponde*”.<sup>31</sup>

Si bien en principio fue negado por el mismo Guzmán<sup>32</sup>, en 1975 reconoce públicamente la destrucción de la Constitución de 1925 en una nota publicada en el diario El Mercurio, señalando que:

*“Nadie que lea el texto de la Constitución de 1925 (incluso con las reformas expresas que se le han hecho hasta la fecha), y que lo confronte con la realidad político institucional imperante, puede adquirir un verdadero convencimiento de que aquélla esté vigente, por mucho que se diga que ello es sin perjuicio de las otras reformas que la Junta de Gobierno le haya introducido en el ejercicio de su Potestad Constituyente. La Constitución de 1925 está muerta en la realidad práctica y, lo que es aún más importante, en la mente del pueblo chileno. Se gana pues, en realismo si se la substituye por un*

---

<sup>27</sup> CRISTI. Op. Cit., p. 72

<sup>28</sup> Ibidem. p. 169

<sup>29</sup> Intervención de Jaime Guzmán en Comisión Constituyente, sesión 153:13

<sup>30</sup> CRISTI. Op. Cit. p. 175

<sup>31</sup> Decreto Ley 128. Aclara el sentido y alcance del artículo 1° del Decreto Ley N° 1, de 1973.

<sup>32</sup> Hasta antes de 1975, Guzmán señalaba, por cuestiones políticas y de imagen, pero claramente erróneamente desde el punto de vista jurídico, que la Junta de Gobierno solamente ejercía el Poder Constituyente derivativo, ya que había surgido para reestablecer el imperio de la Constitución de 1925. En efecto, desde 1973 la Constitución de 1925 ya había sido destruida, y la Junta de Gobierno ejercía el poder constituyente originario.

*conjunto renovado de Actas Constitucionales, en vez de dejarla vivir para exhibir únicamente los “colgajos” a que los hechos históricos la han reducido.”*<sup>33 34</sup>

11. Una vez elaborada la Constitución, el gobierno militar la somete a un dudoso plebiscito para aprobarla en 1980, de la misma forma que propone Carl Schmitt como alternativa, según se expresó.<sup>35</sup> Así, la labor legitimadora de los juristas, -Guzmán entre ellos- queda plasmada, de una forma que recuerda a los congresos de Berlín de 1936, en una carta publicada en el diario El Mercurio, el 24 de agosto de 1980, titulada “Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la Convocatoria a Plebiscito para Ratificar la Constitución.,” que expone:<sup>36</sup>

*“Los suscritos, profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, frente a diversas afirmaciones realizadas últimamente en el sentido de que la convocatoria a plebiscito para pronunciarse sobre la Constitución dictada por la Honorable Junta de Gobierno, sería ilegítima y que la realización del citado comicio constituiría un fraude, cumplen con el deber de hacer público su pensamiento sobre la materia.*

*Declaramos enfáticamente que la referida convocatoria es absolutamente legítima y que no es dable atribuir por anticipado a un determinado acto, en el presente acto, el plebiscito, un carácter que sólo podría hipotéticamente darse al tiempo de su realización y no con anterioridad” (...)*

*“En anteriores oportunidades se ha demostrado que la revolución del 11 de septiembre de 1973 fue legítima, por haberse cumplido todos los requisitos del derecho de rebelión, motivo por el cual nos limitaremos al caso de la titularidad del poder constituyente originario en una rebelión legítima.*

---

<sup>33</sup> Visto en CRISTI. Op. Cit. p 174

<sup>34</sup> Además de su labor como redactor de la Constitución, Guzmán ejercía la docencia del derecho constitucional, señalando a sus alumnos que “El 11 de Septiembre de 1973 no había democracia ni institucionalidad en Chile. Sólo cabía discutir por qué se iba a reemplazar: si por una dictadura marxista, llamada con eufemismo “popular”, o por un gobierno militar que pueda rehacer la institucionalidad Chilena.” Visto en ROJAS, Gonzalo, ACHURRA Marcela y DUSSAILLANT Patricio; *Derecho Político. Apuntes del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 1995, p. 120

<sup>35</sup> Según fuentes oficiales, Según datos oficiales, en el plebiscito de 1980 ganó el "sí" con un 67,04 % de las preferencias, frente a un 30,19 % de votos por el "no". Hubo además un 2,77 % de votos nulos y un 1,33 % de votos en blanco, para un total de 6.271.868 sufragios contabilizados. Sin embargo, no se contaban con registros electorales, ni Tribunal Calificador de Elecciones. Visto en <https://www.latercera.com/noticia/ex-agente-de-la-dina-afirma-que-hubo-fraude-en-plebiscito-constitucional-de-1980-en-chile/>

<sup>36</sup> 16. *Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la Convocatoria a Plebiscito para Ratificar la Constitución (Inserción en El Mercurio, 24 de agosto de 1980, P.C 4)*. Publicado en Revista de Derechos Fundamentales –Universidad Viña del Mar, N° 9, 2013. p. 253

*Si la revolución es legítima, el poder constituyente originario para el establecimiento de una nueva institucionalidad reside en quienes encabezan la revolución..”(…)*

*En consecuencia, bien pudo la Honorable Junta de Gobierno, en cuanto titular del poder constituyente originario, haberse limitado en su ejercicio a los estudios efectuados por la Comisión Constituyente, el Consejo de Estado y ella misma y haber dictado y puesto en vigencia la nueva Constitución sin más trámite. (...) En caso de no aprobarse el texto constitucional, no perderá por ello la Honorable Junta de Gobierno el poder constituyente originario, en el ejercicio del cual procederá en lo formal del modo que más conveniente le parezca para dotar al país, en definitiva, de una nueva institucionalidad en la oportunidad y modo que estime del caso, mientras no se aparte de la consecución del bien común en el ejercicio de sus facultades.”<sup>37</sup>*

### **III. El poder punitivo desmedido y su legitimación**

12. La obra intelectual de Jaime Guzmán para legitimar el gobierno militar no descansa sólo en el hecho de ser el creador de la nueva institucionalidad chilena, sino que también dota de discurso el ejercicio sin límites del poder punitivo. Del mismo modo en que Carl Schmitt elogiaba las leyes de Nuremberg y Edmund Mezger<sup>38</sup>, -el jurista penal más grande de su época-, legitimaba con discursos legalistas todo lo que se le ocurría a la dirigencia nazi; los juristas chilenos justificaban las violaciones de derechos humanos en Chile.

Ahora bien, el desmedido uso del poder punitivo en el régimen chileno es distinto del régimen nacionalsocialista, ya que en el segundo no existió formalmente una administrativización del poder judicial y la creación de delitos masiva como en el primero.

Además, en Alemania existía una tradición proveniente de las teorías de la criminología positivista, quienes “creyeron ver ciertas similitudes presentadas por los “delincuentes” examinados en cárceles, rasgos de orden fisonómico, genético o sociopsicológico, según la teoría de cada autor. Ello los llevó a afirmar, ante la comunidad científica de entonces, que era posible definir, por ciertas condiciones etiológicas, al “hombre delincuente”, tarde o temprano determinado a delinquir, frente a quien el Estado estaba autorizado a ejercer una suerte de “defensa social”, anticipándose a lo inevitable y encerrando a ese ser inferior, degenerado, muchas veces irrecuperable para la sociedad, a través de lo que los penalistas y criminólogos denominaron, con cruel eufemismo, la

---

<sup>37</sup> Ibidem. p. 256

<sup>38</sup> Está documentado, en la obra de Muñoz Conde, que Edmund Mezger pidió permiso a un alto jerarca de las SS para analizar “ciertos tipos de delincuentes” en el campo de concentración de Dachau. Una vez realizado, demostró gratitud, y en su afán de ser aceptado en los círculos de poder nazi, le obsequia un ejemplar de la última edición de su libro “Kriminalpolitik”, que lo muestra como un nazi convencido a seguir en el camino de la destrucción hasta el final. Visto en MUÑOZ CONDE, Francisco, Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944, en Revista Penal N° 11, Barcelona, Práxis, enero de 2003. Citado por RAFECAS, *Derecho penal frente a la Shoá*, Op. Cit. p 6.

“inocuidación” o “neutralización.”<sup>39</sup> Estas teorías tenían gran asidero, con destacados autores del derecho penal alemán, como Franz Von Liszt, quien ya en 1900 pregonaba la inocuidación de los delincuentes irrecuperables,<sup>40</sup> o Karl Binding, quien en 1906 “ya proponía la eliminación física de ciertos tipos de retrasados mentales, considerando que esos sujetos no podían disponer de sus vidas libremente y –por lo tanto- el Estado debía librarlos por tanto sufrimiento, acuñando la tristemente célebre frase de “personas desprovistas de valor vital”.<sup>41</sup>

Evidentemente estos postulados teóricos fueron difundidos una vez asumido el nazismo, por autores como el ya citado Edmund Mezger, Franz Exner, o algunos de la denominada Escuela de Kiel, como Dahm o Shaffstein. Así, el delincuente nato fue designado según tintes racistas, principalmente los judíos, según dictaba la propaganda de Göbbels.

En este sentido, señala el profesor Rafecas, que “el discurso dominante señalaba al judío no sólo como determinado inexorablemente a ciertos delitos (la usura, la estafa, la agitación, la inflación de precios, la explotación laboral, etc.), sino además como factor de contagio de toda clase de males, desde enfermedades (el tifus, venéreas, etc.) hasta ideologías incompatibles con el “sano sentir del pueblo alemán”-como el comunismo o el capitalismo-, factor de contagio que –en definitiva- debilitaba tanto al Estado como al pueblo, y eventualmente, podía llegar a destruirlo por completo.”<sup>42</sup>

13. En Chile no existieron mayormente discursos penales formales legitimantes del aumento del poder punitivo, sin perjuicio de que igualmente existió una importación de la criminología positivista de Lombroso, Garófalo y Ferri, y en el ámbito dogmático penal, en la importación del ala más conservadora del causalismo neokantiano, de manera que la obra de Mezger fue copiada sin más por grandes tratadistas de Derecho Penal en Chile.

De allí que el régimen militar utilizaba más que nada un ejercicio de poder punitivo a través de un “sistema penal subterráneo”, al decir de Zaffaroni<sup>43</sup>, desmedido y

---

<sup>39</sup> RAFECAS, Daniel. *El aporte de los discursos penales a la conformación de Auschwitz*, publicado en “Nuestra Memoria”, Fundación Memoria del Holocausto, Buenos Aires, N° 25, julio de 2005. p. 1.

<sup>40</sup> En su Tratado de Derecho Penal, Von Liszt señalaba que “en el momento en que el acto del delincuente revele una inclinación criminal arraigada (delincuente por naturaleza; état dangereux), se necesita asegurar el orden jurídico mediante la inocuidación del delincuente. Visto en RAFECAS, *El aporte de los discursos penales a la conformación de Auschwitz*, Op. Cit. p. 140.

<sup>41</sup> Ibidem. p. 142

<sup>42</sup> Ibidem. p. 141.

<sup>43</sup> Señala Zaffaroni que “Los discursos tienen el efecto de centrar la atención sobre ciertos fenómenos, en tanto que su silencio condena a otros a la ignorancia o a la indiferencia. Eso es lo que sucede con la verdadera dimensión política del poder punitivo, que no radica en el ejercicio represivo selectivo de éste sino en el configurador positivo de vigilancia, cuyo potencial controlador es enorme, en comparación con la escasa capacidad operativa del primero. Del mismo modo, la atención discursiva centrada en el sistema penal formal del estado deja de lado una enorme parte del poder punitivo, que ejercen otras agencias con funciones manifiestas muy diferentes, pero cuya función latente de control social punitivo no es diferente de la penal desde la perspectiva de las ciencias sociales. Se trata de una compleja red de poder punitivo ejercido por sistemas penales paralelos”. Visto en ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; y

consistente en homicidios, secuestros, violaciones y torturas, pero carecía de un discurso penal formal. En este sentido, la labor de los juristas y los tribunales difiere del régimen nazi, toda vez que se enfoca en ocultar el ejercicio desmedido del poder punitivo, y para el caso de que se descubran, legitimar los atentados a los derechos humanos una vez acaecidos, sin perjuicio de que la criminología mediática a través de los medios de comunicación siempre se refería a los comunistas, y a cualquier persona que piense distinto al régimen como “extremista” o “terrorista”.

Por esto último, no podemos negar la directa inspiración de persecución política que recibieron distintas leyes durante dicho periodo, como la Ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, aprobada por la Junta Militar de Gobierno y promulgada por Augusto Pinochet, siendo publicada el 17 de mayo de 1984, y que actualmente tiene una aplicación prácticamente exclusiva contra el pueblo mapuche.

14. En ejercicio de su labor, Guzmán justificaba la violación de derechos humanos del régimen señalando que “el costo humano de la acción militar emprendida en 1973 fue muchísimo menos del que habríamos sufrido si la Unidad Popular hubiese logrado establecer un totalitarismo comunista.”<sup>44</sup>

Esta idea queda plasmada en el discurso de Pinochet en el cerro Chacarillas, de 9 de julio de 1977, redactado por Guzmán. Allí, señala que:

*“Nuestra historia y nuestra idiosincrasia se han forjado en el respeto de la dignidad del hombre. Sólo una amarga experiencia reciente, que estuvo a punto de conducirnos a la guerra civil, nos ha hecho comprender que los derechos humanos no pueden sobrevivir en un régimen político y jurídico que abre campo a la agresión ideológica del marxismo-leninismo, hoy al servicio del imperialismo soviético, o a la subversión terrorista, que convierte a la convivencia social en una completa anarquía. Resulta incomprensible que toda restricción a determinados derechos de las personas se enjuicie como una presunta transgresión a los derechos humanos, mientras que la actitud débil o demagógica de muchos gobiernos frente al terrorismo no merezca reparo alguno en la materia, aun cuando es evidente que ella se traduce en una complicidad por omisión, con una de las formas más brutales de violación de los derechos humanos. Es posible que nuestro enfoque más amplio y profundo en esta materia sea difícil de comprender para quienes no han vivido un drama como el nuestro. He ahí, en cambio, la razón por la cual las limitaciones excepcionales que transitoriamente hemos debido imponer a ciertos derechos, han contado con el respaldo del pueblo y de la juventud de nuestra Patria, que han visto en ella el complemento duro pero necesario para asegurar*

---

SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición. Ediar Editores, 2000, Buenos Aires. p. 25.

<sup>44</sup> “Pisagua: La culpabilidad principal” Diario el Mercurio 17 de julio de 1990

*nuestra Liberación Nacional, y proyectar así amplios horizontes de paz y progreso para el presente y el futuro de Chile.*"<sup>45</sup>

15. La noción de poder constituyente de Schmitt permitió a Guzmán argumentar el ejercicio desmedido del poder punitivo estatal, que se concretó en masivas violaciones de derechos humanos. En septiembre de 1974, declara en una sesión de la Comisión Constituyente<sup>46</sup> que el fracaso de los gobiernos anteriores se debió a la existencia de un orden institucional que los constreñía, mientras que la autoridad de la junta militar no se topa con tales limitaciones porque su poder es absoluto y total, ya que *"ha asumido el poder total de modo que es solo responsable de sus actos ante Dios y la historia."*

Por otro lado, Guzmán legitima también el actuar del gobierno militar en que se vivía en "situaciones de anormalidad cívica", que originan estados jurídicos "excepcionales". Al respecto, Renato Cristi señala que "es precisamente este tipo de consideraciones lo que sirve a Guzmán para legitimar los atentados contra los derechos humanos durante los primeros años de la dictadura de Pinochet. Su estrategia argumentativa consiste, primero, en señalar que en Chile hubo grandes e injustificables atentados contra los derechos humanos con anterioridad al 11 de septiembre de 1973. Segundo, hubo graves, pero plenamente justificados, atentados contra los derechos humanos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Tercero, que los graves atentados contra los derechos humanos que tuvieron lugar con posterioridad al 10 de marzo de 1978 no tienen justificación alguna."<sup>47</sup>

En efecto, las violaciones a derechos humanos antes de 1973 se refieren a "violación masiva de uno de los derechos humanos más básicos, cual es el de la propiedad."<sup>48</sup>

Respecto a los atentados entre 1973 y 1978, indica que durante dicho periodo existió en Chile una situación objetiva de guerra civil. Así, señalaba que *"Nadie puede negar que en 1973 nuestra patria vivía en una situación objetiva de guerra civil, a la cual fue arrastrada –consciente y deliberadamente– por el Régimen de la Unidad Popular. Los grupos paramilitares destinados a ser el brazo armado del "poder popular" eran fomentados directamente desde el gobierno marxista. Ese poder popular se pregona como el "poder paralelo al formal", que oportuna y ya inminentemente debería sustituir a los órganos institucionales de nuestra democracia para abrir paso a la dictadura del proletariado al estilo de Cuba, permanentemente exaltado cual paradigma por el gobierno allendista."*<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> 13. Discurso del General Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud, el 9 de julio de 1977. Publicado en Revista de Derechos Fundamentales –Universidad Viña del Mar, N° 9, 2013. p. 236

<sup>46</sup> Comisión Constituyente, Septiembre de 1974: Sesión 68, p. 23

<sup>47</sup> CRISTI, Op. Cit. p. 306

<sup>48</sup> Visto en Ibidem. p. 307

<sup>49</sup> Ibidem.

Respecto a los atentados posteriores a 1978, se refiere a la publicación, el 10 de marzo de ese año, de la Ley de Amnistías, o Decreto Ley N° 2191, de autoría intelectual del mismo Guzmán, según declara terminada esta “guerra civil objetiva”, que consideraba una guerra civil larvada o inminente que provenía del periodo de la Unidad Popular, y que tuvo secuelas después de 1973, borrando los delitos cometidos por los órganos de seguridad en el periodo de 1973 a 1978, pero también a algunos dirigentes condenados de la Unidad Popular por hechos anteriores a 1973, dotando así el carácter de guerra civil que necesitaba al equiparar las amnistías para “ambos bandos”.

16. Lo anterior debe relacionarse estrictamente con el juzgamiento de dichos delitos cometidos por los nazis una vez finalizado el régimen: mientras en Alemania existió el proceso de Nuremberg<sup>50</sup>, en Chile la ley de amnistía siguió vigente, dificultado el juzgamiento de violadores de derechos humanos, sin perjuicio de los casos más relevantes.

Sin embargo, respecto a los intelectuales no existió mayor diferencia: mientras que Carl Schmitt, “quien si bien nunca más recuperó su cátedra en Alemania, si tuvo un considerable renacimiento en la posguerra, en especial en círculos intelectuales de derecha, tanto en la España franquista como en Latinoamérica, durante la vigencia de la Doctrina de la Seguridad Nacional, ciertamente con influencia hasta nuestros días;”<sup>51</sup> Jaime Guzmán se mantuvo en la cátedra de derecho constitucional en la Universidad Católica, e incluso se desempeñó como senador una vez finalizada la dictadura, hasta su muerte por asesinato en 1991.

17. Para finalizar, no podemos dejar de resaltar la importancia de los juristas en las violaciones a los derechos humanos, legitimando toda clase de discursos, y quienes no pueden quedar en impunidad. El derecho debe respetar la dignidad humana, y su misión es hacer frente a los abusos del poder. Así, como señala el profesor Rafecas, “como la estela de impunidad y olvido que deja tras de sí todo régimen genocida abarca también a quienes proveyeron esos discursos legitimadores del mal absoluto, la regla en el pasado reciente ha sido que estos juristas, amparándose en su pretendida condición de “científicos” supuestamente distanciados de toda ideología o coyuntura política, se las han arreglado para evitar rendir cuentas ante la Justicia.”<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> En los procesos de Nuremberg contra los principales criminales de guerra, fueron condenadas más de 22 personas. La corte militar internacional impuso, en doce casos, la pena de muerte y en tres casos, prisión perpetua. Cuatro acusados recibieron penas privativas de libertad de entre 10 y 20 años y hubo 3 absoluciones por delitos imputados. Visto en WERLE, Gerhard. *El enjuiciamiento jurídico penal del pasado nacional socialista en Alemania*. Conferencia en la Facultad de Derecho (UBA). Buenos Aires, 19 de noviembre de 2009. Traducción de Carlos Elbert. p. 2

<sup>51</sup> RAFECAS, Daniel. *La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo*. Op. Cit.. p. 11.

<sup>52</sup> *Ibidem*. p. 10