

EL CRIMEN DE LA GUERRA

Jorge E. Dotti

CARL SCHMITT,
*Das internationalrechtlichen
Verbrechen des Angriffskrieges und
der Grundsatz «Nullum crimen, nulla
poena sine lege»*, ed. anotada y epil.
de Helmut Quaritsch, Berlín,
Duncker u. Humblot, 1994, 259 pp.

1. Este trabajo de Schmitt, que hasta la edición que comentamos no conociera otra difusión más que la acotada a quienes motivaron directamente su escritura y al círculo de intelectuales más allegados al jurista alemán, representa —a nuestro entender— un documento clave para la evaluación de un aspecto del pensamiento schmittiano tan central como conflictivo: el juicio que a Schmitt le merecen el régimen nacionalsocialista y consecuentemente las atrocidades cometidas por los nazis. La argumentación de estas páginas cubre una problemática más amplia, pero este tema cumple en ellas un rol argumentativo central; de esta manera, el trabajo en su conjunto resulta una fuente de primerísimo orden para la recepción y la concretización contemporáneas de Schmitt.

La guerra de agresión como acto criminal según el derecho internacional y el principio «Nullum crimen, nulla poena sine lege» [no hay crimen ni pena sin ley

previa], es el título que Schmitt da a un informe o dictamen consultivo elaborado con extremo rigor científico a mediados de 1945, por el encargo que le hiciera el abogado defensor de un importante industrial alemán ante la eventual acusación de haber colaborado con la —por los aliados calificada como— «guerra de agresión» emprendida por Alemania en 1939. El texto aparece ahora enriquecido por la labor del conocido schmittólogo Helmut Quaritsch. En las notas con que acompaña el original, Quaritsch proporciona todas las indicaciones bibliográficas, citas de documentos internacionales y demás referencias de las indicaciones que Schmitt realiza de memoria o contando sólo con el material de su biblioteca personal (basta pensar que en la Berlín del verano del 45 era totalmente imposible acudir a las instituciones especializadas —en caso de haber sobrevivido a los bombardeos— para realizar las consultas pertinentes); pero asimismo, estas notas ofrecen todas las aclaraciones de tipo histórico, literario, biográfico, etc., para la comprensión de los diversos ítems tratados por Schmitt.

Finalmente, en el extenso *Epílogo*, un libro por sí mismo, Quaritsch desarrolla un meticuloso estudio de las vicisitudes históricas, jurídicas y políticas que las cuestiones planteadas por Schmitt —en lo

que su editor llama «un *Samisdat* alemán de los años de la posguerra» (p. 136)— conocen desde fines de la segunda guerra mundial hasta 1993. Quaritsch informa que el memorandum consultivo de Schmitt nunca fue utilizado judicialmente, sea porque la acusación no fue la de atentar contra la paz, sino contra la humanidad (empleo forzado de mano de obra), sea porque su carácter era netamente científico y no de retórica judicial en el sentido requerido por las circunstancias, sea porque la argumentación schmittiana reforzaba la posición de los fiscales en lo relativo a los delitos de lesa humanidad.

En sus propias consideraciones sobre el tema, Quaritsch desarrolla con gran riqueza de información y sutileza interpretativa la variedad de problemas ligados a esta cuestión (cabe destacar el análisis de los juicios de Nuremberg y de Tokio, o también las observaciones sobre el caso Vietnam y sobre la política exterior soviética); problemas y situaciones que además son evaluados según el criterio de la divergencia entre la aplicación que las grandes potencias hacen de los principios cuando se trata de otros países —en especial si son enemigos— y cuando se trata de sí mismas o sus aliados. Quaritsch prolonga con propiedad el espíritu del texto schmittiano, del que nos ocuparemos ahora.

2. Ante todo, Schmitt parte de la exigencia de distinguir entre categorías que tipifican situaciones diversas, que tienen en común el nombre genérico de «crímenes de guerra». La búsqueda de la especificidad es no sólo teórica sino también prácticamente necesaria, pues las confusiones benefician siempre al criminal y así perjudican al derecho mismo.

Por un lado, tenemos las violaciones a las reglas y usos de la guerra, las lesiones al *ius in bello* cometidas por los participantes militares. Los delitos son aquí fácil-

mente definibles (v. g. la tortura de prisioneros, la matanza de civiles, etc.), y punibles en conformidad a una legislación positiva reconocida (como la Convención de La Haya, el Pacto de Saint Germain, etc.).

En segundo término aparece una clase que es independiente de la anterior: las aberraciones y «atrocidades», los hechos atentatorios contra la dignidad humana que alcanzan un grado de intensidad tal, que parecen estar fuera de lo que el discurso racional osaba expresar o incluso prever: «*atrocities*, en un sentido específico, como asesinatos en masa y crueldades inhumanas, cuyas víctimas fueron seres humanos desarmados» (p. 16). No se trata de acciones militares, sino de actos criminales cuya «bestialidad» los vuelve un «*scelus infandum* en el sentido pleno de la palabra». Acciones atroces, entonces, que superan toda medida y criterio, no sólo del derecho de la guerra sino del derecho sin más, y que ponen a sus autores fuera de las categorizaciones jurídicas habituales, sin que ningún tipo de obediencia debida los justifique (p. 16). Schmitt alude así a los crímenes cometidos por los nazis (pp. 80 y 81).

Por último, la tercera figura es la que motiva las consideraciones más sutiles de la argumentación schmittiana. Un tipo de *factum* bélico, la «guerra de agresión», era desconocido como *delito internacional* antes de la evaluación que los vencedores de la primera guerra mundial hacen de la actitud alemana en 1914, como crimen a la luz del derecho internacional. Pero tampoco se constituyó como categoría delictiva después de 1918-1919. En consecuencia, pretender castigar en 1945 a una gran masa de individuos por haber emprendido y/o favorecido de diversos modos una «guerra de agresión» supone la neutralización de un principio básico del derecho, el de la no retroactividad de un castigo, o inaplicabilidad de una pena

a una situación previa a la norma que la penaliza.

El trabajo de Schmitt se despliega a lo largo de dos ejes claramente entrelazados. Por un lado, el de la aprobación incondicionada al carácter punible de los *scela infanda*, pues para tales atrocidades carece de sentido alegar la ausencia de una ley previa, en tanto que dejarlos sin castigo —entiende Schmitt— equivale a derribar la idea misma de derecho y de justicia como criterio rector de las relaciones interhumanas. Cabe destacar este punto: Schmitt no sólo no niega, sino que insiste en que los nazis sean castigados por sus infamias.

Pero, por otro lado, un segundo eje temático pasa por afirmar (y demostrar) que la «guerra de agresión» es una categoría distinta de la anterior, y cuya juridicidad es altamente problemática, pues escapa a las notas características que el derecho considera propias de todo delito y de todo castigo jurídicamente válido (como la vigencia del principio: no hay crimen ni pena sin ley previa). Parece configurarse, en cambio, como una noción regida por esa lógica que, invocando ideales humanitario-pacifistas para neutralizar lo político, conduce simplemente a la criminalización extrema del adversario. En este caso, precisamente, confundiéndolo (conceptualmente) con un autor de atrocidades extremas.

Pretender criminalizar desde el derecho internacional la «guerra de agresión» presenta problemas teóricos y políticos complejos, es decir, conlleva la determinación precisa de qué tipo de acción se trata, de quiénes son sus actores/autores principales y quiénes colaboradores y favorecedores, a la par de quién es el acusador, ante qué tribunal y bajo qué juez; cuestiones, todas éstas, que deben ser muy claramente determinadas, pues en caso contrario cualquier presunta *pena* —más aún la de

muerte— resulta ser una imposición meramente arbitraria y antijurídica.

Schmitt demuestra —a nuestro entender— que la guerra de agresión no estaba reconocida en 1939 por el derecho internacional como «delito»; por ende, que la implantación en 1945 de un castigo de tipo iusinternacionalista para los individuos juzgados culpables de promover, favorecer e impulsar tal agresión desde los ámbitos más variados (estatales, partidarios, económicos, culturales, etc.) *parece ser* —Schmitt es prudente en el uso de su retórica— una pretensión de corte exclusivamente político y ajena al derecho internacional vigente hasta entonces. Definir con claridad, tal como lo exige el derecho, todos los factores intervinientes en tal presunto delito resulta extremadamente complejo, si no imposible.

En este sentido, debe tenerse en cuenta una variedad de aspectos, a saber: que tal criminalización transforma en sujetos de derecho internacional a individuos, haciéndoles ocupar un lugar siempre reservado a los Estados; que no hay casos precedentes que justifiquen invocaciones al derecho consuetudinario; que reina una absoluta ambigüedad en la descripción del delito (no es lo mismo cometer un acto de agresión que comenzar una guerra de agresión, ni comenzar las hostilidades que ser el causante de la guerra, ni considerar el inicio de las hostilidades como una agresión que juzgar la guerra en su totalidad como agresiva, ni permanecer inicialmente a la defensiva que tener derechos válidos); que el derecho internacional nunca previó como castigo penas propias del derecho penal intranacional, sino otro tipo de medidas (sanciones económicas, bloqueos, reparaciones de guerra, etc.); que los principios invocados para legitimar este tipo de criminalización conllevan la reducción de toda guerra a crimen, incluso las de autodefensa o las motivadas por

razones claramente no calificables como agresivas.

En última instancia, el intento por penalizar internacionalmente las así llamadas «guerras de agresión» (que históricamente no resultan ser otras más que las pérdidas por Alemania, pero no las iniciadas por Estados Unidos o la Unión Soviética) pone a la luz una serie de antítesis (pensamiento jurídico y pensamiento político, deber moral y obligación jurídica, economía y política, neutralidad y presencia activa o intervencionismo) que demuestran la ausencia de una base sólida e indiscutible como para que tal esfuerzo quede circunscripto a la dinámica del derecho. «Agresión o defensa no son conceptos absolutos, morales, sino procederes determinados por la situación», y las cuestiones centrales envueltas en este tema, como las de la seguridad, el desarme y el desarrollo pacífico de los pueblos, muestra la índole política y no jurídica de las cuestiones en juego (pp. 36 y 37).

Schmitt asienta su planteo en consideraciones diversas. Un breve y sustancial análisis de las tradiciones jurídicas europeo-continental, inglesa y norteamericana, le permite mostrar el contexto doctrinario en el cual tiene sentido la imputación de los aliados, originariamente hecha valer contra el Kaiser Guillermo II en 1919 y revitalizada ahora, a partir de la legitimidad de las penas a los crímenes del segundo tipo de delito, las atrocidades contra el género humano. A este análisis se suma el del articulado correspondiente de todos los documentos internacionales significativos (Convenciones de La Haya, Tratados de Versalles, Pacto de garantías y Protocolo de Ginebra, Pacto Kellogg), como también de documentos (dictámenes, correspondencia, notas aclaratorias, bibliografía académica, etc.) emanados por las principales figuras personales activas en todos los acontecimientos signifi-

cativos. Asimismo, a lo anterior se agrega la demostración schmittiana que el único antecedente de una criminalización internacional, la de la *piratería*, es inaplicable en este caso.

La clave está, por cierto, en las visiones metafísicas que organizan las distintas posiciones políticas y jurídicas, en especial, en la filosofía que sostiene nociones como las de «progreso, civilización y humanidad. Para el movimiento que busca la *out-lawry* de la guerra, ésta no es, en el estado actual de la civilización, más que barbarie y mero atavismo, y debe terminar hoy para siempre [...]. Un país que no renuncia a la guerra y a sus convicciones sobre lo bélico, se ubica fuera de la [conciencia universal] y se transforma en un enemigo del género humano, en sí mismo carente de todo valor y del más bajo nivel [...]. El crimen verdadero y propio de Alemania se encuentra en esta lesión infligida a la *conscience universelle*. Pero también aquí uno se topa, en realidad, sólo con las atrocidades propiamente tales. Pues no cabe suponer que la verdadera culpa que se le imputa a Alemania deba consistir en haber estado demasiado atrasada en lo científico, como para descubrir la bomba atómica en el momento oportuno» (p. 54).

Todo se complica aún más cuando se trata de penalizar individuos que no tienen una participación directa en los puestos de conducción política. Por un lado, el tipo de delito comporta una distinción en la respuesta que cada uno dé a los mandatos penalizables. «El problema del rechazo de la obediencia frente a órdenes antijurídicas se presenta de manera diferente según los tres casos de crímenes de guerra ya distinguidos» (p. 59). La responsabilidad de un ciudadano en una guerra de agresión emprendida por su gobierno debe, entonces, atender a la cuestión del nexo entre Estado e individuo en el derecho internacional, pero siempre se lle-

ga al mismo trasfondo filosófico, donde las perspectivas y opiniones se contraponen en las connotaciones específicas y se concilian en las genéricas. Penalizar a individuos por una acción colectiva como la guerra genera problemas conceptuales, en especial los relativos a la necesidad de precisar con claridad quiénes son los actores, cuál es la acción delictiva que se les imputa y cuál es el grado de participación en la misma. Todo lo cual lleva la cuestión hacia lo político (p. 64).

Para establecer responsabilidades, el primer paso es, entonces, tener en cuenta la situación constitucional del Estado considerado agresor. «Términos como [jefe de Estado] y [gobierno] tienen, en un sistema absolutista, un significado político diverso que en un régimen constitucional.» En el caso del nazismo como «régimen», con su peculiar concentración de poder y responsabilidad, Hitler y sus colaboradores son los criminales, pues eran los formadores de la voluntad política (pp. 64 y 65). Culpables son los miembros del estrato dirigente, en primer y segundo grado de participación, esto es, aquellos que tenían acceso a la cúspide del poder y quienes pertenecían a las organizaciones que ejecutaron esas órdenes inhumanas.¹ Pero Schmitt no deja de observar que la culpabilidad debe abarcar también a quienes favorecieron al régimen desde el exterior, por ejemplo firmando pactos de no agresión con él, «cubriéndole las espaldas». Esto es, la Unión Soviética, que sin embargo oficia de juez y de fiscal, aunque —insistimos— Schmitt alude a esto con mucho tacto, dadas las circunstancias del momento (p. 89).

Pero es absurdo inculpar al ciudadano común, que no perteneció a la cúpula dirigente, ni violó las reglas del derecho de guerra ni tampoco cometió atrocidades. Desde esta perspectiva, Schmitt entiende que no puede alegarse la *posibilidad de*

desobediencia legítima. Varias consideraciones desautorizan tal modo de fundamentar la acusación: la ausencia de una institución internacional que gozara en 1939 de la misma autoridad que la iglesia católica en la época en que Vitoria y Suárez justificaban tal actitud desobediente; las condiciones en que el ciudadano medio europeo vivenciaba los vínculos de lealtad con su país y su gobierno; la inexistencia de una autoridad internacional que protegiera efectivamente a quienes desobedecieran a las autoridades estatales en nombre de ideales humanitaristas y pacifistas; y, sobre todo, las peculiaridades totalitarias del régimen nazi, dentro del cual el dilema era la obediencia o el «martirio».

Escribe Schmitt: «Mas el ciudadano de un sistema total de partido único se encuentra en una situación mucho más difícil que el de una comunidad con una constitución liberal. En un Estado totalitario de partido único, buscar la resistencia contra el gobierno significa la inmediata aniquilación, por traición y sabotaje. [...] Una obligación jurídica internacional sin una precisión del hecho en cuestión, sin delimitación de quiénes son los autores del mismo, sin una organización jurídica que decida en caso de dudas, sin una organización para la protección efectiva de los sometidos a tal obligación, no puede, desde este punto de vista, ser la base para una condena penal, en todo caso no puede serlo respecto del ciudadano individual apolítico, que, en el conflicto entre un derecho nacional asentado en instituciones firmes y un derecho internacional sumamente discutido, y con relación a la guerra de 1939, se ha ubicado del lado de su gobierno nacional. Esto también vale, y en creciente medida, cuando este gobierno se asienta en el terror. Pues en este caso se agregaría el hecho de que una condena del ciudadano individual [por no desobedecer a su gobierno] declararía criminal no sólo al terro-

rista, sino también al aterrorizado, a la víctima del terror» (pp. 78 y 79).

La conclusión de Schmitt es que no tiene sentido jurídico penalizar a individuos en función de una categoría de delito internacional, la guerra de agresión, que en el período 1919-1939 no había alcanzado la condición de derecho positivo. Semejante crimen es tan nuevo y novedoso que, frente a él, el ciudadano —que no ha participado ni en la «formación de la voluntad política» ni en las atrocidades perpetradas por el régimen— puede legítimamente invocar el principio de que no hay crimen ni pena sin ley previa.

Estas observaciones schmittianas son altamente importantes, no sólo en función del argumento mismo sino también por la luz que arrojan sobre otras zonas de la producción intelectual de nuestro autor. Pero creemos que para una evaluación equilibrada de su pensamiento en función de una recepción contemporánea, el motivo que adquiere una significación especial es la valoración altamente negativa que el jurista alemán hace del nazismo. De un modo que no deja ningún lugar a dudas, Schmitt insiste en que su rechazo de semejante criminalización mediante una categoría delictiva de nuevo cuño concierne exclusivamente a la «guerra de agresión», asumida como delito internacional imputable incluso a civiles no participantes en la conducción ni en la formación políticas de la voluntad colectiva. Pero recalca que quedan fuera de su planteo los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis, respecto de los cuales es absolutamente legítimo un castigo. «Mas cabe insistir en que se trata sólo de la guerra de agresión como crimen internacional y no de la participación en atrocidades o en crímenes de guerra en el sentido tradicional» (p. 49); «para nosotros no se trata de que tales atrocidades escapen a su justo castigo ni de discutir que sean penalida-

des» (p. 23); «no hablamos aquí de la participación en atrocidades, sino de la cuestión de si pueden ser castigados ciudadanos apolíticos y que no han tomado parte en tales atrocidades, a causa de una guerra conducida por su gobierno, como partícipes del nuevo crimen internacional de la guerra de agresión» (p. 50; pero cf. también pp. 58-59 y 62).

Dada la importancia que le concedemos a la función argumentativa que esta dimensión cumple en un discurso actual sobre el schmittianismo, nos permitimos concluir estas consideraciones con una larga cita. Reproducimos la *Note* con que Schmitt cierra su trabajo, escrita en inglés y a la manera de un resumen de sus ideas para lectores no germano-parlantes:

The problem of war in general and especially that of the war of aggression has a long and complicated history. In the discussion connected with the Geneva Protocol of 1924 and the Kellogg Pact of 1928, as well as in the many years of travel for a definition of the aggressor, for disarmament and peaceful change, only part of these difficulties have become obvious.

It goes without saying that —at the end of this second world war— mankind is obliged to pass a sentence upon Hitler's and his accomplices [*scelus infandum*]. This sentence must to be solemn in its form and striking in its effect. After the defeat of Napoleon in 1815 the European government found a solemn and effective form for the condemnation of Napoleon. Today the condemnation of the Nazism ought to be to such a degree more strict and impressive as the crimes of Hitler are greater than those of Napoleon.

Furthermore it is evident, that Hitler's [*scelus infandum*] and especially [*sic*] the monstrous atrocities of the SS and the Gestapo cannot be classified in their real essence by the rules and the categories of the usual positive law; neither with the help of the old municipal criminal or constitutional law, nor with the help of the present international law, that has its origin in the *jus publicum Europaeum*, i.e.

the relations between the christian Sovereigns of Europe from the sixteenth to the nineteenth century.

But it is just the abnormality of such a type like Hitler and of an organisation such as the SS, that makes it clear, that there are several different questions regarding the legal side of this matter. Above all the general international problem of the war of aggression as an international crime must be distinguished from other crimes of the Hitler-Regime. The statement that in September 1939 Hitler resorted to a war of aggression in the sense of the Geneva Protocol or the Kellogg Pact, is evidently not identical with the much greater, specific task of openly branding and condemning the Nazism and the SS and their atrocities in toto. These two are not identical. Moreover it does not seem advisable to combine them, thus shifting that trial's center of gravity und [*sic*] the viewpoints of the Geneva Protocol or the Kellogg Pact. Hereby attention would largely been drawn away, already when preparing the trial and still more during the trial itself,

from the specific task and removed to a complicated problem of international law. Even in the precisely formulated tenor of the verdict a delusion would be the consequence. Hitler and his accomplices would be comprised under rules and notions, which obliterate what make [*sic*] the abnormality and monstrosity of their actions unique.

A [*scelus infandum*] must by no means become a precedent. A term such as [crime] belonging to criminal law evokes the use of other terms of criminal law such as principals and accessories, aids and abets, complicity, concealment, etc., terms that, applicated on actions of foreign policy —e.g. the partition of Poland September 1939—, imply further questions of unheard consequences» [Carl Schmitt, Berlín, 25 agosto 1945, pp. 80-81].

No cabe estudiar, evaluar, criticar y/o defender al último gran pensador de lo político sin tener particularmente en cuenta estas reflexiones.

NOTAS

1. El texto se abre aquí a esa consideración schmittiana sobre la soberanía, que no suele ser analizada por muchos comentaristas, pero que complementa la idea (habitualmente aludida) de que soberano es quien decide sobre la amistad y la enemistad en las situaciones existencialmente críticas. Se trata del *manejo del acceso a los lugares neurálgicos del poder*. Schmitt, por lo demás, esboza una radiografía del régimen nazi en términos que guardan cierta similitud con los de Neumann y H. Arendt: «Es propio de la esencia de semejante régimen que, por detrás de la fachada cerrada de una unidad incondicional, luchan entre sí varios grupos de poder. En el

punto central de un poder formalmente omnipotente se conforma un círculo estrecho que se cuida de no aparecer en el Estado y en el espacio público, pero que bloquea efectivamente el acceso a la cúspide gubernamental. En el absolutismo de los siglos XVIII y XIX se llamaba la camarilla [*sic*, en español] y la Antichambre, y también en el régimen de Hitler el Führerprinzip se transformó en un principio de la antecámara» (p. 65). Sigue un análisis de cómo se producía «el acceso a Hitler» por parte de las distintas autoridades, y de la distinción entre «partido» y «orden [*Orden*]» con vistas a la determinación de la élite dirigente (pp. 66 y 67).