

RESEÑAS DE LIBROS Y JURISPRUDENCIA

A propósito del Derecho Penal de Auschwitz

Juan Montaña Pinto³³⁹

Hace muy pocos días, la pequeña editorial El siglo de Quito, dedicada en gran medida a la publicación y difusión del derecho penal crítico y a la criminología crítica en nuestro país, saca al mercado una nueva y atrayente obra: “el derecho penal de Auschwitz” del profesor ecuatoriano y docente de la facultad de jurisprudencia de la Universidad Central Jorge Vicente Paladines. Se trata de un nuevo esfuerzo intelectual del profesor Paladines, quien aprovechando que actualmente cursa su doctorado en la Universidad de Bremen, en Alemania, nos trae una reflexión sobre la herencia de la concepción jurídico-penal de Nacional Socialismo en la actualidad. Se trata de una nueva vuelta de tuerca sobre una preocupación permanente en el autor: la recuperación crítica de la tradición humanista e ilustrada del derecho penal, así como del análisis de las distintas formas en que los poderes de control y de castigo nacidos en la modernidad se han transformado y perfeccionado para servir mejor al capitalismo. Y lo hace dentro de un medio como el ecuatoriano, tan proclive a la importación acrítica de teorías foráneas.

Esta postura teórica y epistemológica por supuesto que tiene su costo y un costo alto para el autor: lo ha obligado a mantenerse y reivindicar para si una cierta “marginalidad académica”; marginalidad, además, de doble vía: pues el autor resulta marginal tanto en el ámbito de la producción intelectual latinoamericana que no está acostumbrada a auscultar y evidenciar las raíces de las teorías jurídicas en boga en la región; como en el propio contexto académico alemán, donde una gran parte de los profesores siguen esclavos de un euro y etnocentrismo vergonzante que los hace resentir el que un latinoamericano, un extraño, se atreva a

339. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Central del Ecuador.

plantear temas que aun hoy están relativamente vedados para los propios alemanes, a causa de los compromisos asumidos por la sociedad alemana en el contexto del proceso de desnazificación.

Pero esa misma marginalidad, convertida en epistemología es la que le da color, olor y sabor a la obra de Jorge Paladines. En el Derecho penal de Auschwitz, siguiendo los pasos de Raúl Zafaroni, del que es uno de sus discípulos más conspicuos, el profesor Paladines examina la estrecha relación de ida y vuelta entre el derecho penal de la Alemania Nazi y el funcionamiento de esa forma radical de capitalismo que el denomina “necrocapitalismo” y que él ve representado en los “campos de trabajo” nazis, en donde a diferencia de otras formas de explotación capitalista, el dueño de los medios de producción, en este caso el Estado, no solo se apropia de la fuerza de trabajo del trabajador sino que además lo despoja de su propia vida convirtiéndolo en un ente “pre morten”.³⁴⁰

Pero, ¿por qué, más allá de cierto morbo escatológico, puede interesar publicar y leer este libro en América Latina o en Ecuador?, o dicho de otra manera, ¿por qué es necesario y urgente, estudiar en nuestro país un derecho aparentemente tan lejano desde el punto de vista cultural, y que además, no tiene, supuestamente, para nosotros una validez y una eficacia actuales.

Habría muchas respuestas posibles a esos interrogantes. Por una parte se puede justificar publicar y leer en Ecuador un libro sobre el funcionamiento del derecho penal nazi porque los ecuatorianos, aunque a veces lo olvidemos, hacemos parte del género humano, y por lo tanto, con independencia de nuestro lugar de nacimiento es urgente e importante realizar un juicio ético, político y, en este caso, jurídico a la teoría y a los juristas de aquella época que permitieron y /o defendieron por miedo, conveniencia, o franca simpatía la existencia de una dogmática penal de excepción que hizo posible la existencia de Auschwitz, Treblinka, o Buchewalt.

340. Cfr. Paladines Jorge, *Derecho penal de Auschwitz*, Editorial el Siglo, Quito, 2020, pp. 39.

Es verdad que ese cobro de cuentas a la “intelligenza” y a la burocracia nazis ya se hizo en el pasado y se lo hizo con la mayor altura intelectual por autores tan importantes como Hanna Arendt,³⁴¹ Giorgio Agamben,³⁴² Vasili Grossman,³⁴³ Svetlan Todorov,³⁴⁴ o el propio Jorge Semprum³⁴⁵ en el ámbito castellano; y se lo realizó utilizando formatos tan diversos como la filosofía o la literatura. También en el mundo jurídico hubo juristas tan importantes como Gustav Radbruch,³⁴⁶ Hans Kelsen³⁴⁷ y en nuestro contexto por el propio Raúl Zafaroni,³⁴⁸ que estudiaron con profundidad y nos dieron luces sobre la dinámica perversa del derecho en tiempos de los Nazis. Pero aun así, publicar un nuevo libro sobre el tema en una región tan desmemoriada como América Latina y en un país tan ensimismado como Ecuador no sólo es útil, sino absolutamente necesario porque nos permite aprender y recordar lo que fue el nazismo, y entender porque creció y se hizo fuerte, así como conocer su legado más macabro: los campos de concentración. A todo ello nos ayuda y nos obliga el libro que comentamos.

En ese sentido, el libro de Jorge Paladines puede ser interpelado desde diferentes perspectivas y distintos puntos de vista: El libro es, en primer lugar, un útil instrumento para conocer cual era la función y cómo funcionaban los campos de concentración nacional socialistas. También vale para actualizar la tan necesaria

341. Cfr. Arendt Hannah Eichmann en Jerusalén. Random House Mondadori, Madrid 2013.

342. Cfr. Agamben Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz* (Homo Sacer III), Pre-textos, Valencia 2000.

343. Cfr. Grossman Vassily, *vida y destino*, Círculo de lectores, Madrid 2007.

344. Todorov Svetlan, *Memoria del Mal, tentación del Bien*, Editorial Peninsula 2002.

345. Cfr. Semprum Jorge, *La Escritura o la Vida*, Tusquets Editores,

346. Cfr. Radbruch Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal*, Ediciones Olejnik; Madrid, 2018.

347. Cfr. Kelsen Hans, *Validez y Eficacia del Derecho*, Ediciones Astrea, Madrid, 2005.

348. Cfr. Zafaroni, Eugenio Raúl, *La doctrina penal Nazi, la dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Editorial el Siglo, Quito, 2019.

cultura jurídica general y sobre todo es un muy útil instrumento pedagógico que brinda a los juristas de nuestra generación y aquellos de las generaciones futuras la posibilidad de que mantengamos vivas en nuestra memoria las enseñanzas del “holocausto” y valoremos en su justa medida la contribución y el mandato implícito en el derecho internacional de los derechos humanos, que nos ordena proteger y garantizar la dignidad humana por encima de cualquier consideración.

Pero el libro de Jorge Paladines es también una sucinta y muy útil herramienta para aprender sobre el derecho penal nazi, y su aplicación para justificar y dar sustento al capitalismo de Estado que se desarrolló en la Alemania Nazi. Pero lo más importante, Al igual que el libro del Maestro Eugenio Raúl Zafaroni sobre el mismo tema³⁴⁹ el pequeño ensayo de Paladines nos sirve sobre todo para entender los orígenes, los condicionamientos y los límites de nuestro presente doctrinal en materia penal y criminológico; y nos es útil, como diría Zafaroni en la introducción del libro, para “afinar nuestro sentido crítico frente al presente amorfo y ahistórico que vive la teoría jurídica contemporánea.”³⁵⁰ Y además, en el contexto latinoamericano, el texto sirve para denunciar la deriva del derecho penal en nuestra región como principal instrumento de la mutación de nuestro débil Estado de Derecho en lo que el autor llama “el Estado de medidas.”³⁵¹

En la Alemania Nazi, el Estado Social de Derecho diseñado en Weimar se transformó a vista y paciencia de los más grandes juristas de la época en un “Estado dual” en el que coexistían sin apenas contradicción los valores, los principios y las reglas del Estado de Derecho, obviamente sólo para cierto sector de la población étnica y políticamente “puros”, mientras que otros grupos y

349. Cfr. Zafaroni, Eugenio Raúl, Op. Cit, Editorial el Siglo, Quito, 2019.

350. Cfr. Zafaroni, La Contaminación del Derecho Penal Latinoamericano, En: Paladines Jorge, Op. Cit., pp. 19 y sig.

351. Cfr. Paladines Jorge, Op. Cit., pp. 123 y sig.

sectores que no cumplían con estas características, eran regulados a través de un corpus jurídico de “medidas administrativas” y de facto que existían y operaban en la penumbra a partir del “principio de arbitrariedad” y sobre las que no había ningún tipo de publicidad, garantías, o límites. Esa dualidad fue la que permitió y dio paso al holocausto en “el país de los filósofos”.

Pero lo que es grave es que toda esta historia, se puede trasponer y se comparar con la función que cumple el derecho penal funcionalista y populista en nuestros países donde, a vista y paciencia de todos nosotros, se está produciendo una rápida transformación del Estado constitucional de derechos en esta nueva versión de Estado “neo corporativo de opinión”, que algunos llaman estado neoliberal, en el que, al igual que en tiempos de los Nazis, se utiliza el derecho penal y el derecho administrativo para etiquetar, segregar y perseguir, no ya a los judíos, comunistas o gitanos; sino a los extranjeros, a los indígenas, a los pobres, a las mujeres, y en definitiva a todos aquellos que no viven y no aceptan los valores tradicionales de la sociedad blanco mestiza ecuatoriana.

Este es, a mi juicio, el principal aporte y la función del libro que estamos reseñando: el texto de Paladines es un cuestionamiento muy agudo, al delirio racista que transformó al Estado de derecho de Weimar en un Estado burocrático “dual” donde el ejercicio de la arbitrariedad sin límites transformó al mal en algo “banal”, pero también es una campanada de alerta sobre el peligro que para nuestro orden constitucional entraña el abuso del Estado de excepción y la transformación del poder punitivo del Estado y de sus instituciones en una nueva versión de la policía política y a través de ese mecanismo, anular permanentemente los derechos de las personas.

Muchos juristas ecuatorianos, y en particular algunos penalistas por miedo, conveniencia o simpatía con el régimen, están utilizando los conceptos, métodos e instrumentos del derecho penal funcionalista heredero del derecho penal nazi, para transformar el Estado de Derecho en un Estado policiaco “de medidas” y

para poner toda su “ciencia” al servicio de la razón de Estado y de esta manera utilizar su conocimiento de la ley en contra de los intereses de los ciudadanos; con lo que estamos en serio riesgo de transformar nuestro Estado Constitucional en un Estado Dual donde la indiferencia y la “banalidad del mal” sirva para justificar las peores manifestaciones del poder.

Este esa es la denuncia principal que el autor hace en su libro: según el autor estaríamos a un paso de convertir nuestro Estado Constitucional en un “Estado Dual” en donde se convine la legalidad formal propia del Estado de Derecho con la arbitrariedad institucionalizada propia de un Estado de Medidas similar en sus formas al creado por los nazis, con lo que llegaríamos a la conclusión de que éste modelo jurídico no desapareció con su derrota en la segunda guerra mundial y el fin del tercer Reich y que sigue campante y vigente en nuestras formas de ejercer y de entender el poder.

Por todo ello y por más es importante leer el derecho penal de AUSCHWITZ.