

Lo vivo y lo muerto en el derecho penal

Un recorrido y una invitación para la investigación

Rodrigo Facundo Videla¹

Resumen

En el presente se señala que las concepciones sociales y filosóficas sobre la vida y la muerte influyen en las prácticas punitivas y en la función del derecho penal, destacando su papel histórico en la producción de muertes injustas y evitables. Siguiendo la obra de E. Raúl Zaffaroni y otros/as autores/as referentes del saber penal latinoamericano, se defiende una ética centrada en la preservación de la vida y en la limitación del poder punitivo. Además, desde una perspectiva descolonizadora, se plantea que el derecho debe orientarse a resistir las lógicas de muerte que atraviesan la región y propone repensar la relación entre vida, muerte, sistema penal y derecho penal desde una mirada crítica y nuestro América. Para ello, este ensayo constituye una invitación a investigar de forma conjunta sobre los ejes para construir un saber ético y político comprometido con la vida, la justicia situada y la postergación de la muerte punitiva evitable.

Sumario

1.- Introducción (presentación del planteo) | 2.- Muerte y saber penal: la vida como dato primordial (estado del conocimiento) | 3.- Muerte y derecho: la muerte como dato primordial (a modo de marco) | 4.- Objetivo e invitación (a modo de cierre) | 5.- Bibliografía

Palabras clave

Eugenio Raúl Zaffaroni – colonialismo – pensamiento decolonial – sistema penal – violencia institucional

¹ Abogado por la Universidad de Buenos Aires; especialista y magíster en Derecho penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Docente de Derecho penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: rvidela@derecho.uba.ar

1. Introducción (presentación del planteo)

La vida, en su dimensión individual, concreta y material, constituye el eje central desde el cual se organiza la existencia humana y, con ella, también la acción del derecho.

Así, como correlato, la muerte se presenta no solo como el final biológico, sino como un *interrogante* que atraviesa al ser humano y estructura su forma de existir, de estar en el mundo. De ese modo, la pregunta por la muerte se convierte, en definitiva, en una variante de la pregunta por la vida.

Advertido lo anterior, no resulta difícil reconocer que la idea que se tenga de la muerte también condiciona los modos en que el derecho -y en particular, en lo que aquí importa, el derecho penal- se piensa a sí mismo y actúa sobre la vida.

En efecto, los interrogantes que el derecho formula y pretende abordar no están exentos de los supuestos filosóficos, antropológicos y sociales que emergen de esa pregunta fundante del fenómeno humano, por lo que si el derecho afirma orientarse hacia la persona -humana o no-, no puede eludir, ni debe silenciar, su ineludible vínculo con la muerte.

Así, si se procura construir un derecho penal que sea a la vez ético y realista, resulta indispensable atender a la relación -explícita e implícita- que este mantiene con el fenómeno de la muerte, entendida no meramente como un hecho biológico-natural, sino como un fenómeno social cargado de sentido.

En esta línea, si desde una perspectiva social la muerte puede pensarse como un problema que atañe al ser humano o a la humanidad, un problema individual o colectivo, igualitario o atravesado por desigualdades, el derecho se ve obligado a definir si ha de concebir la muerte como un acontecimiento a considerar, omitir, ponderar o, incluso, si debe aspirar a postergarla o facilitarla.

De este modo, se invita a la investigación conjunta para identificar la relevancia, las implicancias y los condicionamientos que las diversas ideas, mitos o sentimientos -conscientes o inconscientes- acerca de la muerte como negación de la vida ejercen al momento de pensar y utilizar el derecho penal, así como al intervenir en el funcionamiento del sistema penal en nuestra América.

Específicamente, será de relevancia interrogarse acerca de las distintas concepciones en torno a *lo vivo* (y no a *la vida* como ente abstracto) y la muerte (como referencia abstracta y concreta) y las consecuencias que conlleva una u otra noción en las funciones que se atribuyen al derecho penal, a la ley penal y al sistema penal; tanto en las funciones que se proclaman como en aquellas que efectivamente se ejercen. También proponemos examinar cómo dichas concepciones inciden en las disputas por el derecho, en quienes lo producen y en quienes tienen la responsabilidad de hacerlo cumplir y operarlo en la práctica.

En esa dirección, será necesario indagar los condicionamientos en la propia teoría del derecho penal, pero también los condicionamientos dogmáticos -en el marco de las teorías del delito, de la responsabilidad punitiva y de la pena predominantes en nuestro medio- derivados de las distintas perspectivas sobre lo vivo, lo muerto y la muerte, a fin de identificar los remanentes mortíferos tanto en sus formulaciones y postulados como en los modos en que estos son utilizados.

A ese fin, se realiza un recorrido sobre el estado del conocimiento actual vinculado al planteo, un breve marco teórico que podría ser útil para el abordaje del tema, y, finalmente, además de la bibliografía citada se consigna otra de necesaria consulta.

2. Muerte y saber penal: la vida como dato primordial (estado del conocimiento)

Habitualmente, cuando un teórico del derecho plantea la cuestión de *lo vivo y lo muerto* lo hace para seguir un enfoque de carácter histórico-analítico. Se trata de una herramienta metodológica que le permite identificar qué aspectos del pensamiento de un/a autor/a o una teoría pueden resultar útiles en la actualidad y si ofrecen aportes relevantes para el estado presente del debate sobre determinada materia.

Ahora bien, en el ámbito del saber penal regional, si exploramos las enseñanzas de quienes han centrado la mirada en la realidad local -con el propósito de construir una ciencia del derecho, un saber penal, situado y coherente con la vida-, las nociones de *lo vivo y lo muerto* podrían adquirir una dimensión particular: la problemática relativa a la muerte del Otro -como problema colectivo e inequitativamente distribuido- vinculada a la negación de la vida como valiosa.

No es casual que la muerte aparezca en las reflexiones y enseñanzas del penalista y teórico de la condición colonial E. Raúl Zaffaroni. Su presencia es tan significativa que incluso aparece en los títulos de dos de sus obras más relevantes. No se conoce, a nivel mundial, otro/a penalista que haya asumido un compromiso tan explícito con esta problemática.

En efecto, ya desde 1988 en «*Criminología. Aproximación desde un margen*» advertía el bloqueo que el poder central ejerce sobre ciertas preguntas fundamentales y señalaba que una de ellas es «el interrogante acerca de la muerte», cuya respuesta considera necesaria «para cualquier imagen equilibrada del hombre» (Zaffaroni, 1988, p. 85).

A su vez, ya en el segundo párrafo del primer capítulo de dicha obra, el autor subraya: «El mayor número de muertes es causado, en Latinoamérica, por agencias del Estado, y no solo en las dictaduras ni en las zonas de guerra, sino también en los países con sistemas constitucionales» (Zaffaroni, 1988: 2).

A partir de esta afirmación, expone cómo las ejecuciones llevadas a cabo por fuerzas estatales, así como las decisiones políticas que conllevan recortes en salud o el cierre de centros médicos, también se traducen en muertes. De este modo, Zaffaroni evidencia que muchas de estas muertes son resultado directo o indirecto de la acción u omisión del Estado, incluso en contextos que suelen asumirse como normales o legítimos dentro del orden institucional de la región.

Asimismo, el autor enseña que el sistema penal opera con *técnicas de muerte* (Zaffaroni, 1988: 17), métodos tecnificados institucionalmente que no son admitidos.

Por otra parte, en 1989 en «*En busca de las penas perdidas*» desarrolla su propuesta teórica de un *realismo criminológico marginal* y refería que:

usamos *realismo* para señalar que tomamos como dato primordial la vida humana y la necesidad de preservarla. Nuestros cálculos de conveniencia y necesidad, nuestras estrategias y tácticas, se asientan en el reconocimiento de la vida humana y de su

aniquilación en número masivo, como dato primario de nuestra realidad marginal (Zaffaroni, 1990: 129).

Allí también explicita el pilar axiológico de tal propuesta: «el realismo marginal, en lugar de eliminar la *etiización* del derecho, *etiizaría* por igual a la criminología y al derecho penal, en base a una decisión ético-política priorizadora de la vida humana como valor y de la muerte como disvalor» (Zaffaroni, 1990: 178). Esta afirmación refleja con claridad una postura ética comprometida con la vida, lo vivo, y un rechazo categórico a toda forma de muerte evitable.

En 1993 la problemática de la muerte como fenómeno social -y, en particular, de aquellas muertes que podrían ser evitadas- adquiere una centralidad aún mayor en su investigación titulada «*Muertes anunciadas*»² (obra homónima y primera en la que la muerte es referenciada explícitamente en el título). En esta publicación, Zaffaroni define las *muertes anunciadas* como aquellas que, de manera masiva y normalizada, son provocadas por el sistema penal. La expresión revela el carácter estructural y previsible de estas muertes, así como su naturalización en el seno del orden establecido.

Posteriormente, en el tratado «*Derecho Penal. Parte General*», escrito en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2000), dicha vocación ética por la evitación de la muerte provocada por el sistema penal se traduce en una propuesta teórica completa. Los autores asumen la necesidad de incorporar datos ónticos -relativos a la existencia concreta y material del castigo- al momento de elaborar el concepto jurídico de pena. Esta decisión metodológica posibilita la construcción de una teoría agnóstica y negativa de la pena y, en consecuencia, relegitimar al derecho penal como un saber acotante del ejercicio del poder punitivo. Tal enfoque pone de manifiesto una ética jurídica que reconoce en la vida humana su valor supremo, y en la muerte institucionalmente producida un límite infranqueable.

Por otro lado, el desarrollo teórico-práctico de corte criminológico orientado a la prevención de estas muertes -así como de otras formas de violencia masacratoria, como las que produce el subdesarrollo en su modalidad de *goteo*³- se despliega en «*La palabra de los muertos*» (2011), segunda obra en la que la muerte ocupa expresamente el lugar central en el título. En ella se establece de manera explícita que uno de sus objetivos fundamentales es la «prevención de la producción de cadáveres anticipados» (Zaffaroni, 2011: 586), una expresión que condensa su apuesta ética por intervenir antes de que la maquinaria de exclusión convierta en irremediables ciertos destinos sociales.

En un registro distinto, aunque complementario, en «*La Pachamama y el humano*» (2012b), se aborda la cuestión de la vida y la muerte desde una perspectiva que interpela profundamente la cosmovisión occidental moderna. La nota distintiva de esta obra en torno a la vida y la muerte es capturada con claridad por Osvaldo Bayer, al inicio del prólogo, cuando afirma: «Qué título, qué duda. La pregunta fundamental. La vida» (Zaffaroni, 2012: 11). En este texto, Zaffaroni identifica cómo el desprecio por lo que nos rodea —por la naturaleza, por los otros seres— constituye, en última instancia, un desprecio por la vida misma. Esta actitud, sostiene, se vincula con la incapacidad del humano —agrego, específicamente del humano occidental— para incorporar la muerte a la vida, lo cual lo conduce, paradójicamente, a incorporar la vida a la muerte. Nada

² Vale aclarar que este fenómeno, el de las muertes anunciadas, fue así bautizado por el profesor argentino y Nilo Batista en el seminario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos denominado «*Muertes Anunciadas. La (des) protección de la vida en América Latina*» celebrado en Brasil en 1988.

³ Entre otros, Días Dos Santos & Zaffaroni, 2019.

impide afirmar, entonces, que se trata de una reflexión que advierte la conexión entre la crisis ambiental, la violencia estructural y la negación de la muerte como parte constitutiva de nuestra existencia.

En «*Crímenes de masa*» (2012b) —obra en la que retoma y profundiza las ideas presentadas en su artículo galardonado «*Masacres: larvas y semillas, lineamientos para un replanteo criminológico*» (2010)— advierte que la criminología tradicional ha evitado ocuparse de los crímenes que mayor número de muertes han producido. En ese marco, llega a interrogarse por las causas que pueden llevar a un grupo humano a masacrar a otro con el objetivo de acumular poder y, en su análisis, remite a una neurosis civilizatoria que «al señalar como meta la acumulación de riqueza lleva a la negación del Eros, a la sublimación del cuerpo: la riqueza no es medio sino fin en sí mismo, con lo que avanza el triunfo del instinto de muerte (Tánatos)» (Zaffaroni, 2012: 21).

Por su parte, en «*El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*» (2015) denuncia la existencia de un *genocidio por goteo* en curso en América Latina. En este contexto, declara a la región como «campeona mundial de muerte» (Zaffaroni, 2015: 56) y señala como una de las causas centrales de la muerte prematura la frustración existencial derivada de la vulneración del derecho humano al desarrollo, entendiéndolo no solo en su dimensión económica, sino como realización plena de las capacidades vitales. De este modo, la imposibilidad de vivir una vida digna se convierte, en sí misma, en una forma de condena a muerte.

En concreto, el profesor señala:

Si en Latinoamérica sumamos a todo esto el daño ambiental, el efecto de los agrotóxicos, los desplazamientos generados por la propia violencia o por la inutilización de suelos y su consiguiente conflictividad en la concentración urbana, la destrucción de nuestros bosques naturales, la amenaza a nuestros recursos, la depredación que se intenta de ellos por el poder transnacional, el bochornoso y prepotente patentamiento de nuestras especies con que se nos quiere robar nuestra biodiversidad, veremos que hay mucho más en la afectación del derecho humano al desarrollo progresivo que, directa o indirectamente, incide sobre la vida humana y sobre la producción de muertes prematuras (Zaffaroni, 2015: 71).

Años más tarde, en «*Colonialismo y Derechos Humanos: Apuntes para una historia criminal del mundo*» (2022), resignifica y profundiza en la neurosis civilizatoria antes mencionada pero, en términos aún más graves, como una psicosis civilizatoria. Esta patología, sostiene Zaffaroni, se manifiesta en la indiferencia con la que la criminalidad financiera organizada del norte global asume la muerte de millones de personas, así como en su negación sistemática de la realidad ecocida producida por sus crímenes colonialistas.

Allí, puntualmente enseña que los colonialistas, esfuerzos intelectuales mediante, «pretenden disfrazar su crueldad con ropajes nobles» mientras que «se sienten orgullosos de haber matado a millones de personas y ahora niegan la progresiva destrucción de nuestra única morada cósmica y racionalizan el suicidio al que nos quieren arrastrarnos a todas y todos» (Zaffaroni, 2022: 170).

Las afirmaciones y propuestas reseñadas se orientan, sin duda, por el reconocimiento consciente de la muerte injusta y prematura a la que el sistema penal -y el productivo- expone a la vida, así como por la comprensión de la muerte como un problema humano, colectivo y desigual que debe ser postergado. La evitación de estas muertes -la postergación cadavérica- constituye un eje central del saber penal latinoamericano, tanto en el ámbito del derecho penal como en el de la criminología, para quien asuma el

mandamiento tácito de «*cuidar el fruto que permite que haya vida y no más bien muerte en esta tierra*» (Kusch, 1962/2009, 253).

Pues, cuando los y las penalistas se liberan de la necesidad de legitimar el castigo, inevitablemente orientan el derecho penal como saber limitante del poder punitivo, tendiente a la cautela vital. En paralelo, el saber criminológico despliega su proceso de liberación⁴ al proponerse como herramienta preventiva de masacres.

Sin perjuicio de las obras ya mencionadas, la preocupación por la correlación entre vida, muerte y saber penal es una constante en numerosos trabajos del profesor Zaffaroni. Su producción teórico-práctica revela de manera enfática que la preocupación por la muerte es, en esencia, por la positiva, una preocupación por la vida. No obstante, no ha sido el único en la región en enfocar su mirada sobre los efectos mortíferos del sistema penal ni en denunciar la muerte como negación axiológica de la vida.

Elías Neuman puso el acento en las «*Muertes silenciadas*»⁵ (1989), aludiendo a aquellas formas de eliminación carcelaria cuya impunidad se asegura mediante estrategias cómplices entre la agencia judicial y las fuerzas represivas.

Del mismo modo, Lola Aniyar de Castro pensó la muerte del Otro como un problema colectivo al denunciar la pena de muerte subterránea en la región y, entre tanto, que «la cárcel nunca ha dejado de ser un gigantesco ataúd lleno de seres vivos» (Aniyar de Castro, 1992, p. 65); que en Venezuela se mataba y se moría de cárcel. Esta advertencia temprana, que señalaba a la prisión regional como espacio de producción de muerte, fue retomada y actualizada en la obra colectiva «*Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*» (2020), donde se profundiza en la dimensión estructural de la violencia carcelaria, agravada en contexto pandémico.

En ese marco, Alejandro Slokar subraya que el andamiaje jurídico orientado a la protección de la vida y la salud descansa, en última instancia, sobre el pilar axiológico que define esta tradición crítica. En sus palabras, resulta imperativo «conjurar tanto se pueda la crueldad de la cárcel, limitando el *encruelecimiento* y la ilicitud de la punición, a la vez de cautelar la vida de la población (toda)» (Slokar, 2020: 67). De este modo, se consolida una concepción del saber penal que no solo denuncia las formas letales del castigo, sino que asume el compromiso de limitar su poder destructivo, reafirmando la vida como el principio fundamental e irrenunciable de toda praxis jurídica legítima.

En igual contexto pandémico, en «*Cuando el temor merodea. Control social y administración local del miedo*», Fernando Tenorio Tagle (2020) muestra que la muerte no es solo un hecho biológico, sino un fenómeno político, un instrumento de poder y control. A partir de Rosenzweig, Foucault y Agamben, sostiene que el miedo a morir es tanto el origen del conocimiento como una herramienta de control social.

Por su parte, en «*Hacer sufrir*», Alejandro Alagia (2013) cuestiona los discursos que presentan a la muerte y al sufrimiento como experiencias necesariamente reconciliadoras, redentoras o positivas para el sujeto y la sociedad. En lugar de ello, denuncia la existencia de una ideología arraigada en la vida cotidiana que naturaliza el sacrificio de la vida como vía legítima hacia el orden y la vida en sociedad. Esta ideología, sostiene, encubre en realidad formas de goce y de dominación, al justificar el dolor —propio o ajeno— como componente necesario del vínculo social y como expresión aceptada del castigo. Estas ideas son profundizadas, en coautoría con Rodrigo Codino, en «*La descolonización de la*

⁴ No puede olvidarse el impulso por la liberación de Lola Aniyar de Castro (1987).

⁵ Donde pone el foco en el motín de la cárcel de Villa Devoto de marzo de 1978.

criminología en América» (2019), donde la relación entre la muerte y el sistema penal puede leerse desde su perspectiva crítica y decolonial cuando proponen pensar en una «teoría punitiva de la muerte violenta», donde la soberanía punitiva es entendida como una «potencia devoradora» que toma un «pedazo de vida humilde» para convertir la destrucción de vidas —particularmente de sujetos racializados: los no-blancos— en una ganancia simbólica para el orden social.

Allí revelan que a la luz de la criminología latinoamericana el castigo estatal se vincula menos con la persecución de delitos que con la administración de la vida —y por tanto, la muerte— según jerarquías heredadas del colonialismo generando un «efecto anarquía de la intervención penal».

De igual modo, en la obra coordinada por Gabriela Gusis y Laura Farb, «*Poder patriarcal y poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*» (2020), vemos cómo la matriz de género expulsa a determinadas existencias del espacio social de las vidas valiosas, condenando a la muerte prematura —y violenta— a mujeres y a quienes no responden al patrón de varón, blanco, propietario y heterosexual. Al mismo tiempo, quienes sí encarnan ese modelo reciben una delegación social del control de los conflictos y, con ella, el poder de dar muerte o dejar morir lo viviente y los saberes que lo protegen.

Concordante con este acervo, y más próximos en el tiempo, Gabriel Ignacio Anitua e Iñaki Rivera Beiras coordinaron la obra «*Muertes evitables. Violencia institucional y masacres en cárceles sudamericanas*» (2023) en la que se continúa problematizando puntualmente acerca de la relación entre el sistema carcelario y la producción de muerte. En su introducción se afirma con claridad el propósito de alertar sobre las masacres recientes en cárceles de América del Sur y «sobre las posibles consecuencias del hiperencarcelamiento y una cultura de la violencia que desprecia la vida de las personas presas y que [...] da cuenta de una forma particular de *genocidio* que es también nuestro objetivo evitar».

Asimismo, en «*Las Fuerzas del mal. Descolonizar el Derecho Penal Nuestroamericano*» (Videla, 2023), se propone que, si el derecho penal pretende orientarse hacia el cuidado y la preservación de la vida, resulta indispensable revisar los fundamentos epistemológicos que sustentan su racionalidad moderna. En esa línea, se sostiene que no podemos limitarnos a la crítica de sus estructuras de poder, sino que debemos producir categorías jurídicas capaces de incorporar los saberes y horizontes que dichas estructuras históricamente excluyeron. De allí, se vuelve necesario integrar las epistemologías indígenas y populares al campo jurídico, en tanto expresan modos de conocimiento en los que —por ejemplo— razón y emoción, norma y experiencia, no se oponen, sino que se complementan. Esta apertura permite que el derecho se nutra de las formas del sentipensar y la memoria como categorías morales y epistemológicas para la limitación del poder mortífero del sistema punitivo.

Estos planteos, estas voces, entre otros, configuran —y profundizan— una tradición crítica que concibe, de forma más o menos explícita, al derecho penal y a la criminología no como instrumentos de legitimación del castigo, como armas ideológicas de la muerte⁶, sino como saberes ético-políticos orientados a preservar la vida y resistir las lógicas de muerte que atraviesan la región, aun cuando ello implicó asumir el costo de padecer en primera persona la violencia mortal derivada de la oposición teórica y política⁷.

⁶ Tomamos prestada esta idea de Hinkelammert (1977)

⁷ Sobre los resultados *sangrientos* de la actividad crítica véase Aniyar de Castro & Codino (2013).

En este escenario, pensar el derecho penal y el sistema penal implica, en estos márgenes, asumir el deber de cuidar la vida frente a las formas contemporáneas de su negación.

3. Muerte y derecho: la muerte como dato primordial (a modo de marco)

Todo derecho —y, en un sentido más amplio, todo sistema normativo— es expresión de una determinada idea, mito o sentimiento en torno a lo vivo y la muerte que se materializa tanto en los principios, valores y derechos que se consagran normativamente, como en las prácticas que buscan garantizar su vigencia. De este modo, el derecho puede convertir un tiempo y un espacio en un lugar para vivir, o bien en un lugar para morir.

La relación entre la concepción de la vida y la muerte y la idea de derecho que una sociedad sostiene es directa e indisoluble, y condiciona profundamente la función que este último asume frente a aquella. En este sentido, resulta necesario considerar no solo la articulación entre el derecho a dar muerte y la noción de soberanía (Foucault, 2001; Mbembe, 2011; Agamben, 1998), sino también que la manera en que se concibe a lo vivo y a la muerte como fenómeno cultural y político determina los posibles vínculos entre vivos y muertos (Despret, 2021). Así, la idea que se tenga de la sociedad se encuentra supeditada a dichas concepciones⁸, y con ellas las posibilidades que se abren para el derecho, ya sea para erigirse como límite frente a la crueldad de la muerte anticipada o para legitimarla bajo formas institucionales aceptadas.

Del tipo de lazo social que una sociedad construya con lo vivo y la muerte dependerá, también, si esta debe ser recordada o, por el contrario, condenada al olvido. En este punto emerge una pregunta crucial, ¿se le puede hacer justicia a un muerto? Cabe considerar que ofrecer justicia solo a una parte de la sociedad —es decir, únicamente a los vivos— implica, en última instancia, consagrar una forma estructural de injusticia. Injusta opción porque si no hay justicia para todos, ¿por qué debería haberla para algunos?

La posibilidad de hacer justicia a los muertos está directamente ligada a la concepción que se tenga sobre su capacidad de existencia (Souriau, 2017), es decir, al lugar simbólico, político y ético que ocupan lo vivo y lo muerto, la muerte, el morir y el matar dentro del orden social. El modo en que una sociedad interpreta la *vida* más allá de la vida —y que continúa actuando en la memoria, en los cuerpos y en las instituciones— condiciona profundamente su concepción del acto de hacer justicia. Allí donde lo ya no vivo, lo muerto, carece de presencia o reconocimiento, la justicia se vuelve selectiva, pues ya no importa el valor de la vida, sino de los vivos (Reyes Mate, 2003).

Esta primera aproximación permite advertir que la conexión entre lo vivo, la muerte y el derecho no se reduce únicamente a los efectos jurídicos directos que surgen del fallecimiento de una persona —como la transferencia de bienes en materia sucesoria, las responsabilidades derivadas de la causación de la muerte, o la determinación legal del momento de su acontecimiento—, sino que, y sobre todo en lo que aquí nos convoca, incide en la definición misma de la función que se le asigna al derecho. Esta concepción también alcanza a las funciones que efectivamente cumple, a las disputas (Ihering,

⁸ Pues la sociedad está compuesta por muertos y vivos, (Ariès, 2022, p. 64).

1872/2018) que lo atraviesan, a sus productores, a quienes están encargados de garantizar su cumplimiento y al sentido de sus prácticas institucionales.

En el ámbito específico del derecho penal, la pregunta por la muerte que aquí interesa no se limita a su dimensión biológica -aún inevitable e irreversible- como destino común de la vida, sino que se orienta hacia una comprensión de la muerte como fenómeno social, paradójico (Viveiros de Castro, 2022), y en estrecha relación con la vida. Esta muerte no es solo un mero hecho (social o jurídico), sino un problema: (a) concerniente al humano o a la humanidad, (b) individual o colectivo, y (c) de naturaleza igualitaria o desigual, según las condiciones materiales y simbólicas que la rodean.

Pues no será lo mismo preocuparse (a) por la extinción (muerte) de la humanidad como ente abstracto que, por la muerte del humano concreto, de carne y hueso⁹. Preocuparse por la primera tiende a desatender la muerte del humano y es una idea frecuente en los procesos totalitarios, donde la soberanía es casi exclusivamente ejercida como el poder de dar muerte (Foucault, 2001), incluso legitimando esa producción de cadáveres como un costo necesario para el progreso o la preservación del todo (ya sea la nación, la sociedad o incluso la humanidad misma). Si el derecho no tiene en miras la administración de los problemas del humano concreto, finito, no tiene que pensar ni decir nada sobre la postergación de la muerte ni sobre los sufrimientos vinculados a ella, lo que parecería indicar que desentenderse del humano singular equivale a desentenderse del sentido ético-político del propio derecho.

Tampoco resulta indiferente asumir que la muerte de cada humano (b) es un problema estrictamente individual, del que debe preocuparse quien la enfrenta. Aquí, si la muerte individual es concebida solo como una cuestión privada, ajena a cualquier lazo social, el derecho puede desentenderse por completo de ella, sin que se le exija respuesta alguna, siquiera ante quienes son verdaderos moribundos sociales. En cambio, si la *muerte del Otro* es reconocida como una preocupación colectiva¹⁰, como un asunto que interpela a todos, entonces el derecho —como herramienta social— y quienes lo ejercen tienen la responsabilidad de atenderla, postergarla y orientar sus esfuerzos hacia su prevención. En esta concepción, la función del derecho no es otra que la de resistir la normalización de la muerte evitable, colocándola en el centro de su praxis como límite ético fundamental.

Desde ya, esta perspectiva también estará determinada por a quiénes -o a qué- reconozcamos como *Otros*¹¹. No será lo mismo entender al Otro como un simple distinto a uno mismo, que asumir la existencia de un Otro «inequívocamente Otro», en el sentido propuesto por Enrique Dussel¹², cuya alteridad no puede ser reducida ni asimilada. Del mismo modo, tampoco será indiferente el grado de antropocentrismo que adoptemos; no será lo mismo si restringimos nuestra preocupación ética y jurídica únicamente a los humanos, que si, por el contrario, ampliamos el horizonte de responsabilidad para incluir

⁹ Mbembe supo señalar cómo el silenciamiento del cuerpo se debe a la destrucción de los límites entre la vida y la muerte, (2011 p. 14). Tantos otros denunciaron lo mismo bajo la noción de *desacralización de la vida*.

¹⁰ La historia occidental marca que hasta el siglo XVIII la muerte concernía a aquel a quien ella amenazaba, y solamente a él. Recién en este siglo «la muerte del otro» es una preocupación (Ariès, 2022, p. 58)

¹¹ Sobre la dificultad de los europeos colonizadores de reconocer a los habitantes del *Nuevo Mundo* como humanos véase Todorov (1982/2003); sobre cómo los indios de América también llegaron a considerar como no-humanos a los recién llegados, véase Rivera Cusicanqui (2010)

¹² El filósofo argentino enseña que: «La proximidad metafísica se cumple inequívocamente, realmente, ante el rostro del oprimido, del pobre, el que exterior a todo sistema, clama justicia, provoca a la libertad, invoca responsabilidad. La proximidad inequívoca es la que se establece con el que necesita servicio, porque es débil, miserable, necesitado» (Dussel, 1977/1996: 34)

a la «*casa común*» y a los demás seres sintientes como sujetos merecedores de cuidado y protección. Según cómo delimitemos ese campo de alteridades se configurarán también las obligaciones del derecho frente a la vida -humana o no humana- y, por tanto, frente a la muerte.

A su vez, los condicionamientos que enfrenta la función del derecho dependerán en gran medida de la concepción de la muerte que se asuma en relación con la igualdad (c) si se parte de una idea -o mito- de muerte igualitaria, según la cual todas las personas se encuentran expuestas del mismo modo a morir, el derecho puede mantenerse en una aparente neutralidad, sin verse compelido a intervenir activamente. Por el contrario, si se reconoce que existen desigualdades estructurales y contextuales que producen muertes injustas, prematuras y diferenciadas, entonces el derecho no puede sino asumir una función orientada a la cautela vital. En este segundo enfoque la muerte deja de ser un mero destino compartido para revelarse como un fenómeno socialmente distribuido de manera profundamente desigual, ante lo cual el derecho se ve interpelado a actuar.

Finalmente, si se entiende que el derecho debe contribuir a la libertad de los sujetos a los que está destinado a servir, resulta imprescindible tener presente que «un status de opresión reposa en última instancia sobre la amenaza de muerte» y que, en consecuencia, «el proceso de liberación comienza cuando se confía en una victoria sobre la muerte» (Ruiz de la Peña, 1978: 206), por lo que la función verdaderamente emancipadora del derecho no podrá nunca desvincularse de una propuesta salvífica orientada a la preservación de la vida.

Claro que esa propuesta no constituye una consecuencia automática ni neutral, sino que implica una opción, una toma de posición consciente, frente a lo que el derecho puede y debe ser. Optar por esta concepción del derecho supone asumirlo como una herramienta al servicio de la vida y no de su negación.

En este marco, el derecho penal no solo se legitima como límite frente al poder que mata, sino también como instrumento colectivo para postergar la muerte evitable y garantizar condiciones mínimas de existencia digna.

4. Objetivo e invitación (a modo de cierre)

Cuando se advierte un silencio intencional respecto de ciertos elementos que integran un sistema normativo, cabe interrogarse por la mirada antihumanista sobre la que dicho sistema podría estar fundado. Identificar la noción de vida y muerte que subyace a sus prácticas, disposiciones normativas e interpretativas se vuelve, en este sentido, una herramienta valiosa para evaluar su validez y eficacia. Pues el modo en que un ordenamiento jurídico concibe —o ignora— la muerte puede revelar si contribuye, obstaculiza o permanece indiferente frente a la tarea de mitigar la muerte injusta y prematura de las existencias que quedan bajo su alcance.

Como no se conoce por el mero hecho de conocer, sino para vivir (Kusch, 1975/2009, p. 584), resulta necesario aclarar que la pregunta por la vida, lo muerto, la muerte y el derecho que orienta el presente no responde a un mero propósito de conocimiento (conocer todo lo que se pueda), sino a un afán salvífico. El objetivo es contribuir, en la medida de lo posible, a la postergación de la muerte injusta y prematura del individuo concreto (y no de una abstracción llamada humanidad), de la naturaleza y de los demás

seres vivos. Conocer, en este marco, es una forma de intervenir; pensar el derecho en relación con la muerte es un modo de cuidar la vida.

En este camino, se ha planteado la necesidad de converger en un frente común¹³ con quienes optan por afirmar la supremacía axiológica y ontológica de la vida. Pues, frente a las tendencias inhumanas, deshumanizadas y antihumanistas —tanto en el plano teórico como en las prácticas concretas— que la desacralizan y normalizan su destrucción, se impone el deber de recuperar y trabajar activamente con aquellos saberes y experiencias que comparten el mismo horizonte vital¹⁴.

Así, se invita al trabajo conjunto que parta desde lo «nuestroamericano» como una propuesta que excede lo meramente geográfico y que visibiliza los saberes de los pueblos de raíz no latina históricamente excluidos, los saberes indígenas y populares, para inscribirse en un proyecto teórico y práctico orientado a recuperar la centralidad de la vida, la experiencia situada y la justicia contextualizada como principios rectores de toda legítima intervención del derecho penal en miras a contener el poder punitivo (Videla, 2023).

Desde aquí, la invitación queda abierta a investigar, pensar y escribir desde y para la vida; a hacer del derecho penal un espacio de resistencia y cuidado; a asumir que cada palabra, cada norma y cada práctica pueden —y deben— contribuir a proteger lo vivo frente a la crueldad de su aniquilación.

5. Bibliografía

- Agamben, G. (1998). *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida I*. Madrid: Pre-Textos.
- Alagia, A. (2013). *Hacer sufrir*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Alagia, A., & Codino, R. (2019). *La descolonización de la criminología en América*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Anitua, G. I., & Rivera Beiras, I. (Coords.). (2023). *Muertes evitables. Violencia institucional y masacres en cárceles sudamericanas*. Buenos Aires: EDUNPAZ.
- Aniyar de Castro, L. (1987). *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia.
- Aniyar de Castro, L. (1992). *En guante de terciopelo*. Maracaibo: Universidad de Zulia.
- Aniyar de Castro, L., & Codino, R. (2013). *Manual de criminología sociopolítica*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Ariès, P. (2022). *Morir en Occidente desde la Edad Media hasta nuestros días*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

¹³ Ídem. 43, p. 12.

¹⁴ Pues esta opción no es solo política, sino —por ejemplo— también religiosa. El cristianismo regional ha enseñado que la gloria de Dios es el pobre que vive, evidenciando una clara preferencia por la vida (De la Torre Rangel, 2019). Tampoco puede desatenderse que el papa Francisco ha establecido el principio según el cual «la realidad es más importante que la idea», de donde podemos extraer que el humano es más importante que la idea de humanidad (Francisco, 2013, *Evangelii Gaudium*, 231–233). Por su parte, para el judaísmo el mandamiento de escoger la vida se encuentra en Deuteronomio, 30:19: «Hoy pongo al cielo y a la tierra por testigos contra ti, de que te he dado a elegir entre la vida y la muerte, entre la bendición y la maldición. Elige, pues, la vida, para que vivan tú y tus descendientes». *Lejaim*, «escoger la vida», es el mandato divino (Horvilleur, 2022, p. 25); Desde otra perspectiva, cabe destacar que el indígena en nuestra América opta por orientar su saber y existencia hacia el mantenimiento del fruto, de la vida, Rodolfo, 1970/2009: 224).

- De la Torre Rangel, J. A. (2019). *Crítica jurídica desde la teología de la liberación*. Aguascalientes–San Luis Potosí: CENEJUS–UASLP.
- Despret, V. (2021). *A la salud de los muertos. Relatos de quienes quedan*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cactus.
- Días Dos Santos, I., & Zaffaroni, E. R. (2019). *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Dussel, E. (1996). *Filosofía de la liberación* (1977). Bogotá: Nueva América.
- Foucault, M. (2001). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Francisco. (2013). *Exhortación apostólica Evangelii gaudium*. Ciudad del Vaticano: Librería Editrice Vaticana. Disponible en <https://www.vatican.va/>.
- Gusis, G., & Farb, L. (2020). *Poder patriarcal y poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Hinkelammert, F. (1977). *Las armas ideológicas de la muerte. El discernimiento de los fetiches: capitalismo y cristianismo*. Centroamérica: EDUCA.
- Horvilleur, D. (2022). *Vivir con nuestros muertos*. Barcelona: Libros del Asteroide.
- Ihering, R. von. (2018). *La lucha por el derecho* (1872). Madrid: Dykinson.
- Krenak, A. (2023). *La vida no es útil*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eterna Cadencia Editora.
- Kusch, R. (2009). *América profunda* (1962). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *La negación en el pensamiento popular* (1975). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *El pensamiento indígena y popular en América* (1970). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*. España: Melusina.
- Neuman, E. (1989). *Crónica de muertes silenciadas. Villa Devoto, 14 de marzo de 1978*. Buenos Aires: Cárdenas Velasco.
- Reyes Mate, M. (2003). *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*. Madrid: Trotta.
- Rivera Cusicanqui, S. (2010). *Ch'ixinakax utxiwa: Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires: Tinta Limón Ediciones.
- Ruiz de la Peña, J. L. (1978). *Muerte y marxismo humanista. Aproximación teológica*. Salamanca: Sígueme.
- Slokar, A. W. (2020). Necropolítica de los cautivos. En E. R. Zaffaroni (Coord.), *Morir de cárcel* (pp. 67–74). Buenos Aires: Ediar.
- Souriau, É. (2017). *Los diferentes modos de existencia*. Buenos Aires: Cactus.
- Tagle, F. T. (2020). Cuando el temor merodea. *Ciencia Jurídica*. Disponible en <https://doi.org/10.15174/cj.v10i19.373>
- Todorov, T. (2003). *La conquista de América: El problema del otro* (1982). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Videla, R. F. (2023). *Las fuerzas del mal. Descolonizar el derecho penal nuestroamericano*. Chiapas–Valencia: OnA Ediciones.
- Viveiros de Castro, E. (2022). *La muerte como casi acontecimiento*. Santiago de Chile: Saposcat.

- Zacone, O. (2015). *Indignos de vida: A forma jurídica da política de extermínio*. Río de Janeiro: Editora Raven.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal: Parte general* (2.^a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1988). *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, E. R. (1990). *En busca de las penas perdidas* (2.^a ed.). Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, E. R. (1993). *Muertes anunciadas*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, E. R. (2010). *Masacres: larvas y semillas*. En *Dossier de genocidio y lesa humanidad 1*. Disponible en https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2010_1.pdf.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2012a). *La Pachamama y el humano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue–Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. R. (2012b). *Crímenes de masa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaffaroni, E. R. (2020). (Coord.). *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2022). *Colonialismo y derechos humanos: Apuntes para una historia criminal del mundo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus.

Bibliografía consultada y sugerida

- Adorno, T. W. (2002). *Lecciones sobre dialéctica negativa. Fragmentos de las lecciones de 1965–1966*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eterna Cadencia Editora.
- Adorno, T. W., & Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (3.^a ed.). Valladolid: Trotta.
- Adorno, T. W. (2005). *Dialéctica negativa. La jerga de la autenticidad* (1970). Madrid: Akal.
- Adorno, T. W. (2019). *Problemas de filosofía moral*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Las Cuarenta.
- Aguilar Gil, Y. (2021). *La sangre, la lengua y el apellido*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Madreselva.
- Alves, T. M. (2021). *Enjaulados: Escolha punitiva brasileira e perspectivas desencarceradoras*. Curitiba: Appris.
- Anitua, G. I. (2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Ariès, P. (1999). *El hombre ante la muerte* (1977). Madrid: Taurus.
- Blanck-Cereijido, F., & Cereijido, M. (2002). *La vida, el tiempo y la muerte*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Cereijido, M., & Blanck-Cereijido, F. (2022). *La muerte y sus ventajas* (4.^a ed., 3.^a reimp.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Chul Han, B. (2020). *Caras de la muerte*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Herder

- Churata, G. (2010). *La resurrección de los muertos. Alfabeto de lo incognoscible*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores.
- De Sousa Santos, B. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- Despret, V. (2024). *Muertos a la obra*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cactus.
- Dussel, E. (1994). *1492: El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural Editores.
- Dussel, E. (2012). *Para una política de la liberación*. Buenos Aires: Las Cuarenta/Gorla.
- Esposito, R. (2009). *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Franco, F. L. (2021). *Governar os mortos. Necropolíticas, desaparecimento e subjetividade*. São Paulo: Ubu Editora.
- García Ramírez, S. (2023). Una reflexión jurídica sobre la muerte. En R. Pérez Tamayo (Ed.), *La muerte* (3.^a ed.). Monterrey: El Colegio Nacional; Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Gusis, G., & Videla, R. F. (2021). *Reflexiones criminológicas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Heath, I. (2008). *Ayudar a morir*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Kusch, R. (2009). *La seducción de la barbarie: Análisis herético de un continente mestizo* (1953). En *Obras completas* (Tomo I). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *Una lógica de la negación para comprender América* (1970). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *El pensamiento indígena y popular en América* (1970). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *Geocultura del hombre americano* (1976). En *Obras completas* (Tomo III). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Kusch, R. (2009). *América profunda* (1962). En *Obras completas* (Tomo II). Rosario: Editorial Fundación Ross.
- Lomnitz, C. (2021). *Idea de la muerte en México* (3.^a reimp.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Malaguti Batista, V. (2016). *El miedo en la ciudad de Río de Janeiro*. Buenos Aires: UNSAM Edita.
- Neuman, E. (1989). *Crónica de muertes silenciadas*. Buenos Aires: Cárdenas Velasco.
- Resta, E. (1995). *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*. Barcelona: Paidós.
- Ruiz de la Peña, J. L. (1971). *El hombre y su muerte. Antropología teológica actual*. Burgos: Aldecoa.
- Ruiz Sosa, D. (2019). *Cuántos de los tuyos han muerto*. Barcelona: Candaya.
- Thomas, L.-V. (2024). *Antropología de la muerte* (4.^a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Westheim, P. (2021). *La calavera* (3.^a ed., 6.^a reimp.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Wolkmer, A. C. (2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Ciudad de México: Akal.