

NUESTRO INSTINTO DE DELINQUIR, NUESTRO INSTINTO DE CASTIGAR

OUR INSTINCT TO COMMIT CRIMES, OUR INSTINCT TO PUNISH

Oscar Manuel Bernal Guarín.¹

RESUMEN

El presente artículo nos invita a realizar la reflexión de dos fenómenos sociales, tanto el delito como el deseo de castigar, desde una perspectiva de condiciones inherentes a los seres humanos, para lo cual empieza por explorar el origen del estudio del delito como ciencia independiente al derecho penal, los errores y aciertos de esas construcciones, así como las distintas explicaciones que se han dado para intentar explicar el fenómeno criminal.

En el artículo se retomará la explicación de las bases biológicas de la criminología, para sostener la tesis que el delito es inherente a todos los seres humanos, curiosamente se mostrará que la sociedad en conjunto no encuentra empatía en los delincuentes a pesar de tener el mismo instinto, sino que al contrario descarga todo su deseo de venganza la cual trasmite un regocijo al ver sufrir a quien se acusa de haber trasgredido las reglas sociales, sentimiento hábilmente explotado en la literatura, el cine y otras expresiones artísticas, pero que también ha sido la base de incontables injusticias y castigos exageradamente crueles cometidas a lo largo de la historia de la humanidad e irónicamente en nombre de la justicia.

Al final la invitación del artículo será a reflexionar en un cambio de paradigma en el derecho penal, evitando que el eficientísimo sea la política criminal predominante en nuestras sociedades y abriéndole la puerta a un derecho penal que reconozca que en todos nosotros habita un delincuente en potencia.

¹ Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (2010), especialista en proceso penal (2011), Magister en Derecho (2016), estudiante de los cursos intensivos para el doctorado (2019) de la Universidad de Buenos Aires, profesor de cátedra de las Universidades: Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y Unisabaneta de Sabaneta Antioquia.

PALABRAS CLAVE

Criminología, egoísmo, delito, fenómeno criminal, castigo, populismo punitivo.

ABSTRACT

This article invites us to reflect on two social phenomena from a human perspective, crime and the desire to punish. This perspective starts by exploring the origin of the study of crime as an independent science of criminal law, the errors and successes of these constructions as well as the different explanations that have been given to explain the criminal phenomenon.

The article will come back to the explanation of the biological bases of criminology, to support the thesis that crime is inherent to all human beings. Curiously it will be shown that society as a whole does not show empathy in criminals despite having the same instinct. On the contrary, it unloads all its desire for revenge and conveys a rejoicing when seeing the accused suffer when transgressing the social rules. A feeling cleverly exploited in literature, cinema and other artistic expressions. It has also been the basis of countless injustices and exaggeratedly cruel punishments committed throughout human history and ironically in the name of justice.

At the end, this article will invite you to reflect on a paradigm shift in criminal law, avoiding that criminal efficiency will become the predominant criminal policy in our societies and opening the door to a criminal law that recognizes that a potential criminal lives in all of us .

KEYWORDS

Criminology, selfishness, crime, criminal phenomenon, punishment, punitive populism.

SUMARIO

I. Introducción II. El delito como medio de estudio III. El castigo como respuesta IV. Conclusiones V. Referencias

I. INTRODUCCIÓN

El delito y el castigo son fenómenos conectados a la vida en sociedad y tan antiguos como el ser humano, incluso en la misma Biblia ya se reconocen tanto delitos, entendidos como infracciones a la norma, como su respectivo castigo. En el relato de Adán y Eva (Gn., 3), se incumple el mandamiento divino de no probar el fruto prohibido, es decir se delinque y por ende los personajes son castigados con la expulsión del paraíso, castigo además severo porque cobijaría a toda la humanidad

A pesar de que se trata de una conducta humana social tan naturales como cualquier otra, el delito es despreciado por la comunidad, el deseo de una sociedad en orden y sin delitos sigue siendo una utopía que se vende a las masas y que, en muchos casos, da réditos políticos. Pese a los esfuerzos de la criminología y la sociología por explicar el fenómeno delictivo, la conclusión no puede ser otra que todos los miembros de la sociedad somos delincuentes en potencia y con la expansión de políticas punitivas desordenadas, conocidas como “populismo punitivo”, cada vez es más fácil que cualquier ciudadano del común incumpla una norma con consecuencias penales. Al margen de esta altísima posibilidad de estar inmerso en un proceso penal en algún momento de nuestras vidas, como sociedad nos encargamos de separarnos del sector denominado “delincuentes” y en ese sentido en nuestra falsa percepción de ajenidad al mismo, celebramos con sentimiento de venganza las penas altas, las condenas ejemplarizantes e incluso hasta la muerte del condenado, todo como un sentimiento del que también forma parte nuestra naturaleza humana y que ha sido exitosamente explotado por las películas y las series de televisión, el sentimiento divino de hacer justicia, de retribuir con mal el mal causado.

Este escrito pretende explorar el delito como un fenómeno inherente al ser humano, en el que cualquiera se puede ver inmerso y abordar un estudio del castigo igualmente inherente al ser humano, busca concluir que ambos fenómenos van relacionados, no solo a la condición humana, sino conectados bajo una falsa concepción, aun vigente e históricamente desvirtuada, que a mayor pena menor delito.

II. EL DELITO COMO MEDIO DE ESTUDIO

Cuando pretendemos abordar el estudio del delito como fenómeno social, estamos haciendo alusión a una ciencia distinta al derecho penal, que aborda conceptos de otras disciplinas, como la sociología, la antropología o hasta la biología, que han tratado de dar una explicación al fenómeno delictivo en una sociedad. Esta ciencia puntual ha sido denominada como criminología y a lo largo de los años ha sufrido distintas variaciones, que responden al fenómeno criminal de distintos puntos de vista, por mencionar algunas tenemos las siguientes escuelas: clásica, cartográfica, positivista, de Chicago, asociación diferencial, anomía, teoría del control, etiquetamiento, teoría de la oportunidad, teoría de las ventanas rotas o la criminología crítica. Todas coinciden en tratar de buscar una explicación al fenómeno criminal desde distintos enfoques, por lo que la criminología se puede entender como la ciencia que estudia el fenómeno criminal, sus razones y consecuencias en una sociedad, algunos autores la han definido como se muestra en la tabla 1.

Tabla 1. CONCEPTOS DE CRIMINOLOGIA.

Quintiliano Saldaña	La criminología se define como ciencia del crimen o estudio científico de la criminalidad, sus causas y medios para combatirla.
Don Constancio Bernaldo de Quirós	La ciencia que se ocupa de estudiar al delincuente en todos sus aspectos
Cuello Callón	La criminología es el conjunto de conocimientos relativos al delito como fenómeno individual y social
Marquiset	Estudio del crimen considerado como fenómeno individual y social, de sus causas y de su prevención.
Resten	La criminología consiste en la aplicación de la antropología diferencial al estudio de los factores criminógenos de origen biológico,

	fisiológico, psicológico y sociológico, y en la búsqueda de sus bases racionales en qué apoyar la profilaxis del crimen y la regeneración del crimen.
Hassemer y Muñoz Conde	Ciencia que estudia la delincuencia y los sistemas sociales empleados para su control.
Garrido	Ciencia que estudia el comportamiento delictivo y la reacción social frente al comportamiento.

Fuente: adaptación a partir de Díaz Huertas (2019, pp. 70-71).

Los orígenes de la criminología como ciencia independiente han sido rastreados hasta la escuela positivista italiana, por cuanto, a diferencia de su antecesora que se enfocaba en el estudio del delito, el foco de estudio de esta se dio en la persona del criminal, por lo que algunos autores la reconocen como el origen de la criminología científica, pues propiamente trató de dar respuesta al fenómeno criminal apoyada en otras ciencias, en este caso en la biología o la medicina.

Muchos autores ubican el inicio de la criminología en la llamada escuela clásica de la criminología, siendo Cesare Beccaria el primero en formular sus principios, pero la criminología surge como ciencia con el positivismo, ya que en el iluminismo se planteó básicamente en el plano filosófico (...) el origen de la criminología como ciencia se ubica en el siglo XIX con el positivismo criminológico que plantea una metodología científica, al dar la posibilidad de una verificación conceptual y empírica (Mariño, 2011, pp. 61-62).

Sin embargo, hay quienes sugieren que los estudios de criminología se remontan a muchos años atrás pues lo que hoy conocemos como la criminología crítica, ya existía desde cuando se empezaron a alzar voces en contra de los sistemas de represión penal más antiguo, así en los años de la Inquisición eclesiástica desde 1184, que fue la primera burocracia de represión moderna, se puede encontrar el origen de la criminología actual, la política criminal y hasta el derecho penal de nuestros días (Zysman, 2012). Para el profesor Zaffaroni, llevamos más de 400 años discutiendo lo mismo, el peligrosismo es un concepto anterior al positivismo del siglo XIX, vigente desde la Inquisición, hasta la criminología crítica tiene rezagos en 1519, con “la cautela criminal” que

criticaba la eficacia de los tribunales de la inquisición y a todos los que participan del sistema (Zaffaroni, 2016, min. 35:00 a 37:30).

Quiere decir lo anterior que el fenómeno criminal se ha intentado explicar desde mucho antes que el positivismo tratara de dotarlo de una explicación científica, pero más importante es que, de la mano de los sistemas de represión penal, han surgido críticas a los abusos de quien ostenta el poder y, por supuesto, la historia se encuentra plagada de ejemplos de arbitrariedades, de injusticias, que se han hecho en nombre de la ley, en nombre del derecho penal. Pero, incluso antes de que se pudiera hablar de los primeros pasos de esta ciencia como estudio independiente, en tanto han existido reglas humanas, estas han sido trasgredidas y, claro está, las infracciones más grandes a estas reglas, las que socialmente consideramos intolerables, han recibido la connotación de delito, por lo que podemos afirmar que el delito forma parte del comportamiento del ser humano y es inherente a él.

Aun en la Biblia, podemos observar ejemplos de delitos como el fruto prohibido en Adán y Eva, el homicidio en Caín y Abel, tentativas de homicidio en Job ordenadas por Dios, las siete plagas que culminan con la muerte de los primogénitos; algunos de los ejemplos de los delitos que se encuentran allí contenidos, incluso algunos motivados o perpetrados por el mismo Dios. También el decálogo de Moisés es prueba de unas reglas que en su trasfondo contienen delitos, algunos de resultado o de acción y otros que sancionan el pensamiento del infractor, que solo los puede conocer Dios, así las cosas, la infracción a la ley de Dios es entonces un delito al cual le corresponde un castigo como consecuencia de su incumplimiento.

De ahí que el delito tenga una conexión con nuestra existencia y nuestra historia como seres sociales, por lo que al ser inescindible de nosotros, existirá en tanto la sociedad exista y su erradicación no es más que una falsa promesa con el fin de transmitir una falsa sensación de seguridad entre los ciudadanos. Si el delito entonces es inherente al ser humano, ¿por qué unos son delincuentes y otros no? En efecto, las distintas vertientes de la criminología han tratado de responder este interrogante, y es así como surgen varias teorías que dan respuestas distintas al fenómeno criminal. Véase una relación de algunas de estas teorías en la tabla 2.

Tabla 2. Teorías que explican el fenómeno criminal

Escuela positivista	Se defiende la idea de la determinación biológica del delincuente, es decir, la idea de que todo delito tendrá como elemento causal una determinación biológica.
Escuela de Chicago	Uno de los grandes aportes de esta escuela se relaciona con la introducción de nociones del paradigma ecológico en el entendimiento de la criminología.
Teoría de la asociación diferencial	Analiza los procesos por los cuales la criminalidad individual es aprendida a partir de mecanismos psicológicos de interacción con grupos sociales desviados, que llevan a que el sujeto adquiera un exceso de definiciones favorables a la comisión de delitos.
Teoría de la anomia	La percepción de vacío normativo puede derivar en que los ciudadanos prioricen alcanzar determinados fines o metas utilizando medios ilícitos para ello, por lo que el comportamiento antisocial puede emerger como medio para lograr las aspiraciones proyectadas culturalmente sobre los ciudadanos.
Teoría del control	Teoría que estudia los motivos para no delinquir, concluyendo que las personas con fuertes vínculos sociales, con altas aspiraciones y expectativas laborales, y con creencias prosociales convencionales serán las menos proclives al comportamiento delictivo.

Teoría del etiquetamiento	Pone de manifiesto que son los grupos sociales dominantes los que definen qué es o no es desviado y, por lo tanto, quiénes deben ser etiquetados por ciertos comportamientos
Teoría de la oportunidad	La existencia de oportunidades delictivas en el ambiente puede generar la materialización de la conducta desviada, el escenario puede ayudar a convertir inclinaciones en hechos.
Teoría de las ventanas rotas	El desorden reflejado en pequeñas infracciones (como tener un vehículo con las ventanas rotas) incide en el entorno y hace más propensos fenómenos criminales más graves.

Fuente: adaptación a partir de Huertas Díaz (2019, pp. 74-77).

Incluso antes de la llegada del positivismo italiano, en el derecho anglosajón ya se avizoraban posiciones en ese sentido. Estudiosos como Charles Caldwell trataron de explicar la criminalidad desde el enfoque médico. Estudios que, basados en la frenología, trataban de explicar el fenómeno criminal y que fueron plasmados en textos como *Rationale of crime* de M. B. Sambson. Así se creó la tendencia de explicar el delito desde el punto de vista mental buscando nexos entre enfermedades mentales y el comportamiento criminal; o en otros estudios ligeramente posteriores se evidenciaba el delito como un comportamiento asociado con una enfermedad hereditaria. Es el caso de *The jukes: a study in crime, pauperism, disease, and heredity* de 1975, estos intentos por explicar desde la medicina o la biología el comportamiento asocial como una especie de trastorno llevaron a soportar discursos eugenésicos o de purificación de la raza, que incluso lograron leyes en ese sentido en algunos estados de la Unión americana (Zysman, 2012, pp. 194 -195).

Con la llegada del positivismo italiano, las ideas de asociar al delincuente con un sujeto enfermo y anormal cogieron más fuerza, textos como *Abnormal man* de 1893 abrían la puerta al discurso de que los criminales eran distintos a los demás seres humanos. Con el pasar de los años, a los

aspectos biológicos, se sumaron aspectos ambientales y hasta económicos para explicar el fenómeno criminal, pero manteniendo siempre el ingrediente biológico en la personalidad del delincuente (Zysman, 2012, pp. 196 -197).

Durante muchos años, el estudio del comportamiento criminal estuvo enfocado en separar al delincuente del ciudadano, solo con la evolución de la criminología se logró llegar a explicaciones externas y no biológicas del comportamiento criminal, sin embargo, lo que acá se sugiere es retomar los argumentos biológicos como explicación del fenómeno criminal, pero no para separar a unos seres humanos de otros, sino para concluir que el delito es una condición humana, es un comportamiento inherente a todos y al que estamos expuestos todos los seres humanos por nuestra condición de tales y que se manifiesta a través de una decisión consciente y egoísta que privilegia los intereses de quien delinque por sobre los intereses comunes. Y así parece entenderlo Francesco Carnelutti, para quien el delito no es más que una expresión del egoísmo y así lo explica:

Cada uno de nosotros esta aprisionado mientras está encerrado en sí mismo, en la solicitud por sí mismo, en el amor de sí mismo. El delito no es otra cosa que una explosión de egoísmo en su raíz: lo otro no cuenta; lo que cuenta, solamente, es el sí mismo (Carnelutti, 1959, p. 35).

En este punto resulta importante traer a colación la tesis de Richard Dawkins, quien en su texto *El gen egoísta* explica su teoría de que el egoísmo es una característica inmersa en los genes tanto de los animales como de los humanos. Según sus planteamientos, se ha logrado la supervivencia de ciertos genes a lo largo de la evolución. Para el profesor Dawkins, es inconcebible que de haber existido genes egoístas en la evolución, estos no hubiesen sobrevivido por su ventaja egoísta, así el plantea varias hipótesis según las cuales los grupos o genes egoístas sacarían provecho evolutivo. Pensemos que todos los grupos tienen algún egoísta en su seno, el egoísta evitaría los eventos de riesgo y prevalecería sobre el altruista que se sacrificaría, pensemos que los grupos altruistas se separan de los egoístas, los egoístas se harían pasar por altruistas para sacar ventaja y se duplicarían con mayor éxito dentro de un grupo altruista. Así, concluye que difícilmente los genes egoístas no hubiesen sobrevivido con mayor éxito a la evolución (Dawkins, 1993, pp. 15–25).

En su obra, Dawkins parte de la diferencia de conceptos de altruismo y egoísmo así: es altruista si se comporta de tal manera que contribuya a aumentar el bienestar de otro ser semejante a expensas

de su propio bienestar. Un comportamiento egoísta produce exactamente el efecto contrario (Dawkins, 1993, p. 5). El autor no pretende estudiar las finalidades subjetivas de un acto, sino determinar si objetivamente un comportamiento es altruista o egoísta de cara a si representa un beneficio para quien lo desarrolla, es así como, a través de ejemplos de la naturaleza, ilustra su punto de vista mostrando comportamientos que, en principio, pudieran ser considerados altruistas pero que en realidad benefician de manera egoísta al sacrificado. Por ejemplo, algunos pájaros emiten un sonido de alerta que advierte a la bandada de la presencia de un predador, en principio este podría ser considerado un comportamiento altruista, pues el que emite la alerta se pone en evidencia frente al predador, el autor explica que en realidad es un acto egoísta: i) la llamada de alerta no es fácil de ubicar por lo que no se está poniendo en peligro; ii) si en lugar de hacer la llamada resolviera esconderse en los matorrales, estaría expuesto a que el predador, al advertir a los miembros de su grupo, también lo advierta a él y, finalmente iii) la mejor forma de huir es en grupo, no solo porque al hacerlo solo quedaría sin bandada para su supervivencia posterior, sino porque correría un riesgo innecesario al ser advertido por el predador. Por esto, lo que a simple vista parece un comportamiento altruista, tiene móviles egoístas (Dawkins, 1993, pp. 220-222).

Otro ejemplo puede ser el caso de las gacelas, quienes al advertir la presencia de un predador, tienen un llamado mucho menos discreto que la alerta de las aves, que genéticamente está diseñada para ser difícilmente ubicable. La gacela, al contrario, lo que hace es llamar la atención del atacante con grandes saltos para captar su atención, de nuevo se presenta una dificultad a la teoría del gen egoísta para explicar el egoísmo que esconde tal comportamiento que en apariencia pone en peligro a la gacela que emite la visual alarma a sus compañeros. En realidad el autor explica que dicho comportamiento es egoísta por cuanto los movimientos de la gacela lo que hacen es enviar el mensaje al predador que ella (quien salta) se encuentra en perfectas condiciones y agilidad suficiente para no ser capturada, por lo que el predador debería fijarse en una presa más asequible, entendiendo que su desgaste de energía es menor si persigue y captura a una presa enferma o vieja, a diferencia de aquella que demuestra aptitudes físicas para escapar de él, de ahí que el acto que parece altruista en realidad es egoísta (Dawkins, 1993, pp. 223).

Por otra parte, poniendo de lado los ejemplos de la naturaleza, pero partiendo de la base que los seres humanos tenemos –gracias a la evolución– genes egoístas, la explicación de nuestros actos resulta más clara, es decir, el comportamiento humano es más fácil de explicar porque se puede

racionalizar, y el derecho penal no desconoce lo anterior, pues desde el finalismo, con conceptos como el “propósito del fin” se ha visto la necesidad de estudiar las finalidades ocultas en las acciones humanas. Si a eso le sumamos el componente que el egoísmo sigue presente en nosotros como una característica evolutiva, aun cuando su decisión se pueda racionalizar, la manifestación más clara del egoísmo resulta en el desconocimiento de la norma. En este punto debemos entender que el egoísmo y el individualismo son conceptos distintos, se puede ser egoísta para salvaguardar intereses de un tercero cercano a mí, familiar o amigo o de mi círculo privado, quizás esperando a futuro una gratificación de él o, simplemente, por ver cómo mi círculo de allegados se ve beneficiado por sobre un desconocido a quien siento ajeno.

Hoy en día hablamos de la corrupción como el cáncer que ataca a la sociedad, como si fuera un invento novedoso, un mal del Estado moderno, desconociendo que en el trasfondo de un comportamiento corrupto lo que emana claramente es el interés egoísta de beneficiarme a mí o a mis allegados por una tarea que igual se debe hacer y que será remunerada. En la antigua Roma, en la elección de los magistrados, los pretores y senadores, la corrupción era una característica fundamental, muchos cargos no remunerados, pero con un gran poder, eran usados por quienes los ostentaban para asegurarse el favor del elegido y a su vez obtener a futuro una prebenda.

Ese comportamiento no dista mucho de lo que modernamente calificamos como corrupción y vemos que se practica en círculos cercanos, pero cuestionamos cuando beneficia a terceros. Cargos públicos, contratos con el Estado, desviación de dineros públicos, favores a cambio de votos; todas ellas prácticas de la política cotidiana, que paradójicamente son tan ocultas como públicas y de vez en cuando un escándalo pondrá en el ojo del huracán a alguno de los involucrados, quien deberá defenderse a sabiendas de que su actuación en su mundo es calificada como normal.

Ahora, en los delitos dolosos, es fácil evidenciar cómo la decisión de delinquir es egoísta, pues alguien ha tomado una decisión consiente de trasgredir lo que la mayoría consideraba un comportamiento correcto en determinada circunstancia, pero ¿se puede evidenciar un comportamiento egoísta en los delitos culposos? Yo creo que sí, quien decide infringir el deber objetivo de cuidado lo hace también con un propósito egoísta, quizás de menor entidad del que lo hace dolosamente, pues el primero desea trasgredir la norma penal con conocimiento del hecho (dolo) y conocimiento de la antijuridicidad (culpabilidad). En un delito culposo, el fin egoísta no es afectar la norma, pues no cuenta con conciencia del hecho, sin embargo infringe una norma de

menor entidad, el deber objetivo de cuidado. Verbigracia, quien en un accidente de tránsito maneja con exceso de velocidad o sobrepasa una norma de tránsito, lo hace con el propósito egoísta de ahorrarse tiempo o de llegar antes, o cualquier otra finalidad egoísta que es ajena al resultado, pero que igualmente existe en la conducta culposa, al obrar con imprudencia, impericia, negligencia o violando reglamentos. El médico que va a trabajar después de haber trasnochado en una fiesta, en lugar de advertirles a sus jefes que no está en condiciones para desempeñar su actividad, esconde el propósito egoísta de preservar su empleo.

Así, la naturaleza egoísta presente en nuestros genes, socialmente se exterioriza en la ocurrencia de delitos, por lo que todos los ciudadanos estamos propensos a tomar una decisión delictiva en cualquier momento de nuestras vidas, solo con algunos factores externos que puedan ampliar la posibilidad de tomar estas decisiones, pero finalmente todos con el impulso biológico necesario para hacerlo.

III. EL CASTIGO COMO RESPUESTA

Otra forma de manifestación de este egoísmo se refleja en la sanción, deseamos fervientemente que aquel sujeto que intentó infructuosamente sacar provecho de las normas sociales, sufra porque lo vemos como un extraño y si lo percibimos como miembro de nuestra tribu, de nuestra familia o cercano a nosotros, esperamos el favor del sistema, la indulgencia. Precisamente la tendencia hoy en día, muy explotada por los políticos durante las elecciones populares, es mostrar a ese criminal como un ser ajeno al contrato social, como un extraño, el éxito de esta estrategia siempre ha sido desconectar a la sociedad del delincuente, pues si se sintiera la más mínima conexión con este, la empatía impediría el exceso de fuerza sobre él: el extranjero, el extraño o el *hostis*² (Schmitt, 1985); negación absoluta del otro ser o realización extrema de la sociedad (Schmitt, 1985). De ahí que el tratamiento al otro, al que no es miembro de la sociedad se justifique al percibirlo como alguien que no es titular de mis derechos, los cuales son solo para los miembros de mi comunidad. “Durante años la máxima pena en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad o el exilio,

² Se hace la distinción del *inimicus* y el *hostis*, siendo el primero el enemigo personal y el segundo el verdadero enemigo político (Schmitt, 1985).

justamente porque dejaba al sujeto en situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho” (Zaffaroni, 2018, p. 24). Incluso en el derecho romano, se veían penas encaminadas a desprender al condenado de su condición de ciudadano y por ende de titular de derechos, “la institución *hostis judicantus* romano cumplía la función de dejar a un ciudadano en condiciones semejantes a la del esclavo para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos” (Zaffaroni, 2018, p. 22).

Inherente al delito ha existido la sanción, la cual vemos como la respuesta obvia a consecuencia del mismo, en el plano religioso podemos ver como la concepción de delito y de pena cambian de una sociedad a otra, pero casi siempre con una conexión con la religión, entre otras porque la labor de hacer justicia la hemos atribuido a Dios, razón por la cual en algunas culturas y durante el antiguo régimen, la facultad de castigar fue asumida por los monarcas, como representantes de Dios en la tierra.

En el derecho antiguo, para los griegos, el delito era entendido como un error, falta o pecado, con unos dioses que no son omnipresentes y omniscientes, la consecuencia derivada de la falta eran unas calamidades enviadas a la tierra en forma de retaliación, por la alteración que se ha causado al equilibrio cósmico con la falta, la ley natural era aplicable a la ley humana, por eso se veía la necesidad de sanción como una retaliación, un concepto meramente retributivo de pena, solo con el mal causado con la sanción se repara el desequilibrio cósmico causado con la falta (Bunge, 2019, pp. 45-49).

A diferencia de los griegos, para los judíos, las leyes son palabras de Dios, el decálogo de Moisés viene a ser el primer catálogo de leyes escritas. En la concepción judía Dios es omnisciente y omnipresente, por lo que sabe incluso de los pecados que están en el interior de nuestros corazones, que pueden escapar al conocimiento humano, lo relevante de la falta es atentar contra la ley de Dios, por lo que la intención cuenta (Bunge, 2019, pp. 49-52) y la pena es la consecuencia por haber obrado mal en contra de los designios de Dios, lo que también parece atribuirle un propósito retributivo, aun cuando la fuente del delito sea diferente en ambos conceptos.

Las sociedades medievales, permeadas por la mentalidad religiosa, mantuvieron una completa identificación entre el delito y el pecado (Zysman, 2012, p. 46) entre los siglos XIII y XVI, las penas corporales, las mutilaciones y la pena de muerte tuvieron su mayor auge, con la característica particular que la dignidad del condenado, sus bienes o sus logros militares o familiares podían

atenuar sus penas, también constituyeron una fuente importante de la riqueza del rey, las multas judiciales habitualmente las de pequeños montos (Zysman, 2012, p. 47). Así las cosas, el sistema de castigos empieza a ser selectivo y la discreción judicial una excusa para aplicar esa diferenciación.

La historia también nos muestra cómo las penas crueles y fuertemente ejemplarizantes dieron paso a una justicia más severa, aplicada por el rey en nombre de Dios, “bajo la noción de lesa majestad, el concepto de voluntad divina comienza a expresarse en el espectáculo del castigo implacable reservado a los pecadores” (Zysman, 2012, p. 51). Estas penas severas, entre ellas la pena de muerte, han formado parte de nuestra tradición humana y nos demuestran que con ellas no se ha reducido el fenómeno criminal en absoluto, independiente de la pena imponible, algunas terriblemente sanguinarias, observemos el ejemplo de suplicio aplicado a Juan de Camañas, agresor de Fernando el Católico, ilustrado por Zysman:

El traidor fue condenado por la justicia de la ciudad a una cruelísima muerte; fue puesto en un carro traído por toda la ciudad, primeramente le cortaron la mano con que le dio al rey, luego con tenazas de hierro ardiente le sacaron una teta, después le sacaron un ojo, y después le cortaron la otra mano, y luego le sacaron el ojo, y luego la otra teta, luego las narices, todo el cuerpo le abocadaron los herreros con tenazas ardiendo, e fuéronle cortando los pies, después que todos fuera de la ciudad, lo apedrearon e lo quemaron en fuego e aventaron la ceniza al viento: llamábase este traidor Juan de Camañas (Zysman, 2012, p. 50).

Si tal acto de atrocidad como pena, hubiese servido para evitar comportamientos criminales a futuro, uno podría decir que ese fue el último acto de traición, pero no sucedió de esa manera y, con el tiempo, las sanciones corporales fuertes fueron reemplazadas con la pena de cárceles, que tienen como antecedente, alrededor del siglo XVI, las penitenciarías del derecho canónico, las cárceles de aseguramiento a la espera de otra pena y el mercantilismo, que reunía grupos problemáticos en un solo sitio (Zysman, 2012, p. 141). Después de la revolución francesa, y cuando la libertad de los individuos se cierce como el primero de los derechos del hombre, empieza el auge de la cárcel como pena, así, durante los siglos XVIII y finales del XIX surge la cárcel como una nueva dimensión absolutamente irreductible a las viejas formas de castigo (Zysman, 2012, p. 140). Desde entonces existe una paradoja punitiva: al privilegiar la pena privativa de la libertad

como la pena imponible por excelencia y con cuya imposición pretendemos evitar la comisión de delitos futuros, cae en el absurdo que explica Zaffaroni “le quitamos la libertad a una persona para enseñarle a vivir en libertad” (Zaffaroni, 2011) En efecto, el uso de las prisiones actuales, como se ha hecho siempre en la historia, solo contribuye a aumentar el fenómeno criminal, los jóvenes que ingresan a prisión, tienen muchas más probabilidades de regresar a prisión, que un joven que no lo ha hecho y aun así la tendencia de los códigos penales actuales es disminuir las posibilidades de evitar la pena de prisión con los denominados subrogados penales.

Los grupos pueden ser evidenciados por los comportamientos de los individuos que los forman (Dawkins, 1993, p. 10), así se explica que encerrar personas en un ambiente hostil, donde la criminalidad está a la orden del día, solo hará al individuo más propenso al crimen, su instinto egoísta de desafiar las normas impuestas se acentúa cuando su entorno es un grupo de sujetos que han sido despreciados por el sistema, luego, ya no se percibe como un miembro de la sociedad sino como un marginado de quien se espera que actúe en contra de la ley, así la pena de prisión solo sirve para acentuar el fenómeno criminal en una sociedad. De ahí la importancia de la “criminología crítica” para tratar de buscar un cambio de paradigma punitivo, pero en contraposición los discursos populistas son los que ganan más adeptos en las democracias modernas y la promesa de un castigo más severo a los enemigos de la sociedad (nunca percibidos como cercanos) incitan a los políticos de turno a implementar normas más severas, aumentos de tipos penales y de penas de prisión, populismo punitivo que se alimenta de los excesos y que no parece tener límite.

Así las cosas, la solución en los sistemas penales más drásticos ha sido buscar la pena máxima, la pena capital, la cual no solo ha dado pie a tamañas injusticias como quitarle la vida a un inocente, “en la mayoría de los países latinoamericanos ya se ha abolido la pena de muerte e incluso en países como Bolivia, Brasil Venezuela y Perú la prisión perpetua” (Zysman, 2012, p. 354), sin embargo, el discurso del populismo punitivo ha revivido escenarios de penas más drásticas. En Colombia recientemente se aprobó un proyecto de acto legislativo para implementar la prisión perpetua revisable para asesinos y violadores de niñas y niños, pronto la ineffectividad de la reducción en cifras pese a este tipo de penas llevará al populismo punitivo a plantearse penas más severas y estaremos frente a la discusión de nuevo de revivir la pena capital, para esto conviene

recordad al autor colombiano Vargas Vila, cuando desde el exilio escribía en contra de la pena de muerte que existió en la ley penal colombiana:

“¡Se asesina en nombre de Dios, que dijo: “no matarás” y en nombre del Derecho se viola el sagrado derecho de la vida!...

Matar al que mata, es levantar el delito a la categoría de ley.

Es decir al pueblo: “lo que en el individuo es un atentado, es en la sociedad un derecho; lo que en el individuo es un crimen, es en la sociedad una virtud; a un hombre solo, le es prohibido matar, pero cuatro o cinco hombres reunidos, en calidad de jueces, pueden, en nombre de la sociedad, mandar asesinar a un hombre, y eso no es delito; lo que en el individuo se llama venganza, se llama en la sociedad: ¡justicia!... ¡qué iniquidad!

La pena de muerte es el más cobarde de los asesinatos porque es organizado y llevado a cabo con la mayor sangre fría por hombres sin rencor y sin valor, en nombre de la ley.”
(Vargas Vila, 1998, pp. 133–134).

IV. CONCLUSIONES

Al margen del estudio del derecho penal como dogmática, otras disciplinas de las ciencias sociales se han ocupado de estudiar el fenómeno criminal, dando pie a muchas escuelas de criminología las cuales, desde distintos puntos de vista, han intentado explicar el fenómeno criminal.

A partir de la teoría del gen egoísta desarrollada y descrita por el profesor Dawkins, se puede explicar cómo el fenómeno criminal es inherente a todos los seres humanos y consiste en una manifestación de su egoísmo, la cual es una predisposición de todos los seres humanos. Esta explicación debería cambiar el concepto sobre el cual basamos como sociedad el trato a los delincuentes, como seres ajenos a la sociedad, como enemigos y repercutir en el tratamiento punitivo escogido, pues la historia plagada, con infinidad de ejemplos, de penas crueles y exageradas, nos ha demostrado que la relación entre pena fuerte y menor criminalidad no existe.

El populismo punitivo parece no tener límite y sus políticas se alimentan de normas y sanciones penales más drásticas, lo que conllevará a revivir discusiones de penas excesivas que ya estaban superadas. Por eso, el reto de los estudiosos del derecho penal y la invitación que se debe hacer es a replantear las salidas punitivas, explorando como sociedad paradigmas distintos al punitivo pues la forma actual de punición representa social y biológicamente costos significativos pues convierte las cárceles en *universidades del crimen*, donde los sujetos que ingresan asumen como modo de vida la criminalidad y su regreso al sistema es más probable en términos estadísticos que su rehabilitación.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bunge Campos, L. M. (2019). *Poder, pena y verdad en la historia: estudio sobre la genealogía de las culturas penales*. Buenos Aires: Didot.

Carnelutti, F. (1959). *Las miserias del proceso penal*. Buenos Aires: ediciones jurídicas Europa - America.

Dawkins, R. (1993). *El gen egoísta: las bases biológicas de nuestra conducta*. Barcelona: Salvat Ciencia.

Huertas Díaz, O. (2019). *Política criminal sistémica: origen rizomático y contribuciones para su reflexión*. Bogotá: Ibáñez.

Mariño Rojas, C. (2011). Relaciones del derecho penal con la criminología. En J. Andrade et al., *Lecciones de derecho penal*. (Parte general). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sagrada Biblia. (2012). Edición Latinoamericana. Editorial San Pablo.

Schmitt, C. (1985). *El concepto de lo político*. México: Ediciones Folios.

Vargas Vila, J. M. (1998). *Pretéritas*. Bogotá: Panamericana.

Zaffaroni, E. R. (2011). Declaraciones radiales publicadas en el diario “la banda diario” disponible en internet en : <https://labandadiario.com/zaffaroni-ensenarle-a-vivir-en-libertad-a-alguien-encerrandolo-es-absurdo/>

Zaffaroni, E. R. (2018). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2016). El derecho penal en el siglo XXI. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=udiRoi8k1vw>

Zysman Quirós, D. (2012). *Sociología del castigo: genealogía de la determinación penal*. Buenos Aires: Didot.