

RETRIBUCIONISMO O UTILITARISMO DEL CASTIGO EN EL YURUPARY

MATHA INES MUÑOZ HERNANDEZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFÍA
ESPECIALIZACION EN FILOSOFIA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008**

RETRIBUCIONISMO O UTILITARISMO DEL CASTIGO EN EL YURUPARY

MATHA INES MUÑOZ HERNANDEZ

Especialización en Filosofía del Derecho

**DIRECTOR
MARIO PALENCIA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFÍA
ESPECIALIZACION EN FILOSOFIA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. RESEÑA HISTÓRICA	11
2. EL CASTIGO EN LA LEYENDA DE YURUPARY.	15
4. DIFERENTES TEORÍAS SOBRE EL CASTIGO ANALIZADAS A TRAVÉS DEL LIBRO DE ENRIQUE MARI.	21
5. EL CASTIGO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA MODERNA.	27
CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFIA	34

RESUMEN

TITULO: RETRIBUCIONISMO O UTILITARISMO DEL CASTIGO EN EL YURUPARY*

AUTOR: MUÑOZ HERNÁNDEZ, MARTHA INÉS**

PALABRAS CLAVES: CASTIGO, MITO, RETRIBUCIONISMO, UTILITARISMO

DESCRIPCION

Este trabajo, constituye una reflexión sobre el tema del castigo, sin que emerja como una solución a los problemas que sobre éste, actualmente, nos aquejan; sólo se muestra como era la idea del castigo desde cuando éste se originaba en la inspiración divina, para pasar al derecho natural y posteriormente a las leyes anteriores a la existencia misma del estado.

Es así, como a partir de la lectura de la obra prehispánica "*La Leyenda de Yurupary*", pretendo hacer un análisis sobre dicho tema, basándome en el libro que escribió Enrique Eduardo Mari, denominada "*La Problemática del Castigo*", a través del cual se estudiarán las diferentes teorías que lo definen, las clases de castigos de que trata el mito y el fin perseguido, para determinar en que teoría se ubican.

Por otro lado, hay que resaltar, que al analizar la obra mitológica, podemos advertir que las distintas clases de castigos a que ella hace referencia, no se ubican en particular en una corriente filosófica exclusiva, sino que comparten características de ambas corrientes, lo que sucede actualmente, en donde resulta difícil encuadrar en un solo pensamiento filosófico, los fines de la pena, por lo cual, tenemos que remitirnos a las diferentes escuelas que estudian el tema y tomar lo mejor de cada una de ellas, para aplicar la ley a los infractores, teniendo en cuenta la clase de delito a investigar y el daño que haya causado tanto a la víctima como a la sociedad en sí misma.

* Trabajo de grado

** Facultad De Ciencias Humanas, Escuela De Filosofía, Especialización En Filosofía Del Derecho
Director: Mario Palencia

ABSTRACT

TITLE: RETRIBUTION OR UTILITARIANISM OF PUNISHMENT IN YURUPARY*

AUTHOR: MUÑOZ HERNANDEZ, MARTHA INÉS **

KEY WORDS: Punishment , MYTH, Pay, Utilitarianism

DESCRIPTION

This essay is about a close observation of punishment, without this to emerge as the answer to the problems of itself that are still around us nowadays. This document shows an idea of how the punishment was seen and how it originated from a divine inspiration; becoming a natural law and subsequently as a previous law until the existence of the state by itself.

And this is how, from the pre-Hispanic text called "La Leyenda de Yurupari" The legend of Yurupari. This analysis is based on the book "La Problemática del Castigo" The Punishment problematic written by Enrique Eduardo Mari, through which I intent to study the different theories that define it, the kind of punishments that this myth talks about and its purpose, to be able to determine in which theory they could be placed.

In the other hand, it is important to highlight, that when we analyze this mythological text, we could infer that the different kinds of punishment can not be placed in a particular philosophical current; but, they share characteristics of both currents. Today, it's very difficult to position punishment in a single philosophical thought; that's why, we have to go back to the various schools that study the subject and take the best from each one of them. Only this way, we can enforce the law by having in mind the kind of offense to be investigated and the damaged caused to victim as well as to the society itself.

* Trabajo de grado

** Faculty of Human Sciences, School of Philosophy, Specialization in Philosophy, Director Mario Palencia

“HAY VECES QUE EL PECADO LLEVA ENVUELTA LA PENITENCIA”

Immanuel Kant.

INTRODUCCIÓN

Cuando inicie esta especialización, venía con muchas expectativas y debo decir, que las colmé, porque resulta muy interesante conocer los temas jurídicos desde el punto de vista filosófico y estudiar cada uno de ellos, desde su origen y el pensamiento de los filósofos que los han abordado. Definitivamente, el castigo, es un tema que interesa al derecho, sobre todo en estos tiempos modernos, en donde podemos observar que nuestra sociedad está gobernada por leyes que no satisfacen ni en su sentido de equidad, ni en sus necesidades económicas, ni en las garantías que busca para su seguridad. En muchos casos, el derecho positivo no responde al sentir nacional ni a lo que la mayor parte de la sociedad entiende como justo.

Es así como se da el caso de actos penados por la ley pero aceptados por la sociedad, tales como la piratería y el contrabando, y por otra parte, crímenes como violaciones y asesinatos de menores de edad, que reciben un trato benigno que se contrapone a lo que la población entiende como sanción justa y ejemplificadora que pueda contribuir a desalentar ese tipo de conductas.

Tales situaciones, ameritan un estudio más cuidadoso a la hora de legislar, para que las disposiciones sancionadas se ajusten mejor a lo que la comunidad pretende, sin contrariar los avances en el derecho internacional ni menoscabar los derechos humanos.

Este trabajo, constituye una reflexión sobre el tema del castigo, sin que emerja como una solución a los problemas que sobre éste, actualmente, nos

aquejan; sólo se muestra como era la idea del castigo desde cuando éste se originaba en la inspiración divina, para pasar al derecho natural y posteriormente a las leyes anteriores a la existencia misma del estado. Es así, como a partir de la lectura de la obra prehispánica "*La Leyenda de Yurupary*", pretendo hacer un análisis sobre dicho tema, basándome en el libro que escribió Enrique Eduardo Mari, denominada "*La Problemática del Castigo*", a través del cual se estudiarán las diferentes teorías que lo definen, las clases de castigos de que trata el mito y el fin perseguido, para determinar en que teoría se ubican.

En este orden de ideas, en el capítulo segundo, realizo una reseña histórica del castigo, desde el ius naturalismo, en el cual se enfoca el derecho desde la corriente divina hasta el ius positivismo, esto es, cuando nació el derecho escrito, determinando panorámicamente, la forma como el castigo ha evolucionado desde la antigüedad hasta nuestros días, con el fin de entender las diversas corrientes que acerca del tema han surgido a lo largo de la historia del derecho.

Hechas estas precisiones, en el tercer capítulo, realizo una lectura descriptiva y analítica de la obra de Maximiano José Roberto "*La Leyenda de Yurupary*", con el objeto de determinar las diferentes clases de castigos que se imponían en la sociedad prehispánica donde se desarrolla el tema de la obra, para efectos de determinar las diferentes manifestaciones del castigo y en que corriente se ubica cada uno de ellos. Luego de analizar las conductas enlistadas, llego a la conclusión, de que algunos de los castigos reglamentados, no se ubican en una sola teoría, sino que por el contrario, comparten características que identifican la teoría retribucionista, como aquellas que se refieren a la utilitarista.

En el capítulo cuarto, a través de una lectura crítico reflexiva, pretendo identificar en la obra de Enrique Mari "*La Problemática del Castigo*", las teorías más representativas que sobre el tema hace referencia el autor, precisando las características que identifican a cada una de las corrientes, así como a los

filósofos que las representan, en aras de mostrar la evolución del castigo de acuerdo al fin perseguido con él.

Ya para finalizar, en el capítulo quinto, a través de una lectura de las sentencias T-317 de 1994 y C-026 de 1995, proferidas por la Corte Constitucional de nuestro país, hago un análisis estructural sobre las diferentes corrientes filosóficas que tratan sobre la sanción que los padres deben aplicar sobre sus hijos. La interpretación hermenéutica que hace la Corte sobre el artículo 262 del Código Civil, se enmarca dentro del análisis teleológico y comparado, para determinar la forma como deben reprender los padres a los menores. Seguidamente, hago un análisis comparativo de la forma como se penalizaba el castigo para los menores de edad en el mito y la sanción que debe imponerse actualmente a estos, conforme lo señala la Corte Constitucional, en aras de preservar los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 de la Carta Política.

1. RESEÑA HISTÓRICA

Al hablar de castigo debemos remontarnos al derecho natural; esto es, a los valores ancestrales del hombre; a aquellas leyes no escritas que determinaron las reglas de conducta en las primeras comunidades humanas, las cuales fueron evolucionando, hasta cuando surgió la necesidad de dictar normas de convivencia, con sus correlativas sanciones para castigar su incumplimiento, momento en el que podemos afirmar, nació el derecho positivo.

El primer código de leyes escritas que se conoce en la historia de la humanidad, es el “*Código de Hammurabi*”, proferido por el rey del mismo nombre, quien es célebre por la sentencia “*ojo por ojo, diente por diente*”, y que estaba conformado por 282 leyes y decretos, a través del cual se recopilaron todas las leyes civiles y penales existentes; grabadas en columnas de piedra, de más de dos metros, que se distribuyeron en casi todo el reino.

Las primeras palabras definen el objetivo del código: “*Para humillar a los malos e injustos e impedir que el poderoso perjudique al débil; para que toda persona perjudicada pueda leer las leyes y encontrar justicia*”.

Este código indica las reglas para la técnica del castigo y, al respecto, señala que prevenir justifica el derecho a castigar y que el castigo debe ser suficiente para impedir la reaparición del delito. El castigo debe ser superior al beneficio del crimen; se debe basar en la desventaja que se le presenta al criminal, a la hora de cometer un crimen, no en el dolor físico del cuerpo; la pena debe actuar más intensamente sobre los que no han cometido la falta; es preciso que la acción criminal vaya asociada a la idea de un castigo determinado; consagra la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario y la calificación de todas las infracciones clasificadas y reunidas en un código

suficientemente preciso para que cada tipo de infracción esté claramente presente en él.

También, en dicho ordenamiento, se señalan las condiciones de las nuevas sanciones para el buen funcionamiento de éstas y, en ese sentido, se dice que encontrar el castigo correcto a cada delito es hallar la desventaja que impida al criminal el deseo de delinquir; por ello, el castigo debe ser lo menos arbitrario posible; debe disminuir el deseo que hace atractivo el delito, por temor a él; la pena, para ser útil, debe ser temporal y no permanente, porque al ser temporal se puede reformar al condenado, si no tuviera límite sería inútil; el condenado tiene que ver en la pena, que perjudica a toda la sociedad y por eso es condenado; el castigo debe ser entendible hasta el punto de que el público pueda sacar una lección de él.

Como dijimos, este código fue la primera legislación escrita que se conoce, por lo que podemos hablar con él de derecho positivo; al contrario de la ley mosaica, la cual imponía los castigos desde el punto de vista moral, respecto a una misma falta, la pena que se imponía era diferente. Así, para el incesto, en el código de Hammurabi, se imponía el exilio "*Si un señor hombre de alto rango se ayuntare con su hija, harán salir a tal señor de la ciudad*"; por el contrario, en la ley mosaica, para dicha falta, se imponía la pena de muerte.

Ahora bien, es en el drama de Sófocles: "*El Grito de Antígona*", --el cual tuvimos la oportunidad de analizar detenidamente en ésta especialización--, en el que se advierte la confrontación entre el derecho natural y el derecho positivo; de una manera tan nítida, que nos permite comprender la diferencia entre las leyes dictadas por la sociedad humana --que se adecuan al tiempo y al sistema de gobierno imperante-- y aquellas que parecen estar ya implícitas en la misma naturaleza del hombre y que podemos identificar con la conciencia del bien y del mal, con las leyes perennes e inmutables dictadas por el creador (leyes eternas);

las cuales deben estar contenidas en el derecho positivo; el que debe adecuarse al derecho natural, en aras de evitar confrontaciones como las que nos presenta Sófocles; en donde, en últimas, se imponen las leyes divinas sobre aquellas emitidas por el tirano. Sobre el tema, esto dice Enrique Marí: *“La ignorancia de la ley civil puede en ciertos casos ser motivo de excusa, la de la ley natural nunca, puesto que se supone que todo hombre que ha accedido al uso de la razón no debe hacer a otro lo que no quisiera que le hicieran a él”*.¹

Sobre el castigo han escrito las diferentes escuelas filosóficas. Así, la sofista sostenía que los individuos tienen el derecho de juzgar, por sí mismos, todos los asuntos; negaban la existencia de un conocimiento objetivo en el que se supone que todo el mundo debe creer; sostenían que la ciencia natural y la teología tienen poco o ningún valor porque carecen de relevancia en la vida diaria, y declararon que las reglas éticas solo tenían que asumirse cuando conviene por propio interés.

Por su parte, Sócrates al impartir sus enseñanzas relacionadas con la moralidad (moral socrática), afirma que la virtud es el conocimiento de donde deriva que toda mala acción es fruto de la ignorancia y, por tanto, involuntaria y que la esencia del bien y de lo justo es algo objetivo, que se reflejan en la voz de la conciencia. Esos valores supremos eran dados por Dios. Las leyes deben ser respetadas en cuanto se supone en ellas ²su función protectora y justa, que es lo que verdaderamente lleva a su obediencia.

Platón, por el contrario,¹ *“entiende la actividad punitiva como ligada a la tarea fundamental del Estado de conducir los hombres a la virtud, de preparar buenos*

¹ Enrique Marí. *La Problemática del Castigo, discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*. Hachette, 1ª edición 1983. Página 80

² *Idem*. Página 69

ciudadanos, de reparar, en cuanto dolor, el daño causado por la ofensa en el alma del infractor cuya condición mejora si se inflinge una pena, que si no se le sanciona.....La idea que lo preside, sin embargo, no es tanto que el castigo deba ser "retribuido" por el hecho de ser merecido, por una razón de justicia como asevera la concepción retribucionista opuesta al utilitarismo, sino que en base a su finalidad primordial de erigirse en un medio a la vez terapéutico y educativo. La pena tiene que ser aprendizaje para el logro de la enmienda del hombre y pedagogía para formarlo como ciudadano virtuoso" 1[Centrar y reducir tamaño de la fuente]

2. EL CASTIGO EN LA LEYENDA DE YURUPARY.

Yurupary traduce “*Engendrado o nacido del árbol*”, lo que explica el origen del protagonista de la obra.

El mito de Yurupary resume, las enseñanzas fundamentales que en lo religioso, político, social, ético y moral, son indispensables para las comunidades amazónicas que lo gestaron, siendo a la vez una fuente importante para el conocimiento de la noción de mundo que aún inspira y caracteriza estas comunidades, confiriendo trascendencia a sus creencias, hábitos y costumbres.

La obra nos muestra a Yurupary, como héroe legislador que viene a poner orden en un mundo caótico –gobernado por las mujeres-, para cuyo efecto dicta normas que buscan establecer valores estables que trasciendan la realidad histórica y a consolidar unos ritos y creencias que serán la base de la nueva religión. Respecto a la vigencia de las leyes, se dice allí que éstas durarían “*mientras el sol iluminara la tierra*”³, lo que significa que, regirían para siempre, porque –dice Yurupary- “*yo debo cambiar los usos y costumbres de los habitantes del mundo, y vine aquí para dejarles las leyes que todos deben seguir*”⁴ Dicha obra, es una fuente de poesía y de sentido al que permanentemente debiéramos acudir no sólo para conocer nuestro pasado, sino para explicar mejor el presente. Ella nos enseña, que desde esa época las mujeres se han esforzado por reivindicar sus derechos, así deban soportar la exclusión en una sociedad machista.

De su lectura es importante destacar el conjunto de principios éticos y morales que se derivan de las normas y ritualidades del mito, pues revelan la

³ ORJUELA, Héctor H. *YURUPARY. MITO, LEYENDA Y EPOPEYA DEL VAUPES*. Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1983, p. p. 14.

⁴ Ídem página 35

magnitud, desde los puntos de vista subjetivo y colectivo, de las leyes de Yurupary, como requisito indispensable para perpetuar el equilibrio. Todas ellas, están relacionadas entre sí, comoquiera que obedecen a enunciados comunes.

A continuación, me permito enunciar las distintas faltas que allí se contemplan y el castigo a ellas asignado:

- A las mujeres se les prohibió participar en las fiestas de los hombres cuando se utilizaran los instrumentos sagrados. Si la norma era violada, la infractora sería condenada a muerte, y el castigo sería ejecutado por quien primero tuviera conocimiento del delito, aunque fuere su padre, hermano o marido.⁵
- Al hombre que mostrara los instrumentos, o revelara a una mujer las leyes secretas vigentes, sería obligado a envenenarse, y si se negaba a hacerlo, correspondería al primero que lo encontrara darle muerte, bajo pena de merecer el mismo castigo.⁶
- El mito abunda en referencias a la prohibición de las relaciones sexuales transgresoras; insiste en describir, aquellas parejas que deben casarse para reparar la ofensa a la comunidad con su acción, como es el caso de Caminda y Curán, que son descubiertos mágicamente (en una piedra brillante y coloreada que le da Yurupary) por el tuixáua Arianda, el padre de Curán, al momento de acoplarse. Arianda es convencido fácilmente por Yurupary de la necesidad de implantar sus leyes, al observar con tristeza cómo su hija es tomada y violada por un tenuina (Caminda) y cómo los viejos y las viejas de su tribu, lo mismo que los jóvenes, participan del jolgorio orgiástico de la fiesta entre argandas y tenuinas, en ausencia de su jefe. Con ello el matrimonio entre Caminda y Curán, cumple la doble función de resarcir el agravio por la violación de la norma, como la de

⁵ Idem ,página 7

⁶ Idem ,página 7

estrechar los lazos de amistad entre las tribus en las relaciones exogámicas, afirmando así las leyes de Yurupary.⁷

- La obligación de reparar la ofensa desde la perspectiva de las leyes de Yurupary, se aplica incluso al mismo héroe legislador, quien en la boda de Naruna y Date, desprovisto de su condición mágica (el sol no le dio los espíritus del cielo donde se refleja el futuro) y ocultando su identidad, accede a los encantos de Carumá, una hermosa joven. *“Si yo hubiera sospechado lo que me esperaba, no habría asistido al matrimonio de Date, ni hubiera dado mi palabra de someterme a todas las costumbres de esta gente. Pero nadie más verá a Carumá, que desde hoy es mía, y la conduciré lejos de la vista de los hombres para que no sea manchada la única mujer que he tenido”*⁸. Mediante estos hechos, se representa el perdón que acepta el grupo ofendido con el arrepentimiento del infractor y el saneamiento efectivo del ultraje, al igual que el respeto a las tradiciones y leyes de los grupos sociales.⁹
- También, se advierte, la inflexibilidad de las normas, cuando éstas pretenden violarse expresamente, retando la autoridad del héroe, cuando Naruna, que es una mujer tuixáua, al conocer a Yurupary, a pesar de haberse ya casado con Date, quiere también casarse con el héroe legislador; pero esta intención es negada por aquél quien afirma que eso no es posible, ya que Date es su único y legítimo esposo, anunciando que esa será en adelante la ley para su comunidad y convirtiendo a Date (que es un tenuina, esto es, de la tribu de Yurupary) en jefe. Al día siguiente Naruna es castigada por el extraordinario y cruel poder del héroe: al sentirse avergonzada y meterse en una olla de cachirí, esta se rompe, apareciendo la mujer muerta, sin piel. Como puede verse, esta muerte y la de Date (de tristeza por la desaparición de su recién conocida esposa), reafirman la voluntad de poder de Yurupary y el carácter vertical de sus normas

⁷ Idem, página 38

⁸ Idem página 56

⁹ Idem, página 57

respecto de la sexualidad, a manera de enseñanza para la comunidad, pero necesaria para consolidar sus dominios.¹⁰

- Se castiga también la liviandad de los hombres al sucumbir a los encantos de las jóvenes que persiguen los secretos de la religión del Yurupary y el acceso a los rituales de los instrumentos sagrados. Es el caso de Ualry, seducido por Diadue, y de Ladié, que tiene amores con todas las muchachas de su tribu a pesar de estar casado y de su mujer embarazada, que son muertos por violar las estrictas prescripciones monogámicas establecidas por el héroe legislador.
- Ualry y Diadue, son castigados ejemplarmente con la muerte: el primero quemado en la hoguera y reducido a cenizas, de las cuales brotan los animales venenosos que simbolizan el mal y las enfermedades, como también la palma de passyua de la que se originarán los instrumentos sagrados para simbolizar el bien; y el segundo, que habiendo seducido con su belleza a Ualry para que le revele los secretos de Yurupary, descubre la fealdad reflejada en el agua y se arroja allí para nunca volver a aparecer. Ualry es castigado porque ha traicionado la confianza y la lealtad que le debe a Yurupary y Diadue por utilizar su belleza para seducir a un hombre viejo que no resiste la tentación de una mujer joven y hermosa. Las leyes de Yurupary, así como premian la lealtad y la amistad en el caso de Caryda y Arianda, son inflexibles para aplicar las más severas sanciones ante la traición, para mantener de esta forma los ideales religiosos y sociales de la comunidad, pues la debilidad humana entorpece la misión civilizadora y la confianza que la comunidad debe brindar a la autoridad de los jefes tribales. De esta forma se enseña que la sabiduría no proviene de la edad ni los favores se reciben por la belleza, sino por la rigurosa observancia y respeto de la normatividad social.
- Todas las mujeres de relevancia en el mito, son transgresoras de las normas, Dinari, la primera madre mítica que no acepta quedarse sola a la

¹⁰ Idem página 57

espera de un hombre para casarse y lo busca por su cuenta en el mundo de afuera; Diadue que desaparece en el agua porque se resiste a un mundo gobernado solo por hombres; Naruna que muere al querer abandonar a Date y poseer a Yurupary; Seucy de la tierra, madre del héroe, convertida en piedra con las otras mujeres que osaron espiar las ceremonias y escuchar la música de los instrumentos sagrados; Curán que oyó y aprendió la música y el canto de Yurupary y se promete recuperar algún día el poder.

Cabe recordar que en los tiempos primitivos no existía un derecho penal estructurado, sino que había una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias, no sólo para el ofensor sino para todos los miembros de la familia, clan o tribu. En tal virtud, cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y a su familia un mal mayor. No existía entonces relación entre la ofensa y la magnitud del castigo.

Haciendo una reflexión sobre el tema, podríamos decir, que las normas proferidas por Yurupary eran rígidas e inflexibles, de modo que cuando éstas pretendían ser violadas expresamente, se retaba la autoridad del héroe, por lo que había que imponerse de inmediato y de una manera drástica la sanción señalada, en aras de hacer justicia y de castigar la infracción cometida. Podemos observar como, las normas sobre el control de la sexualidad, se relacionan con el castigo a la liviandad de los hombres al sucumbir a los encantos de las jóvenes, que persiguen los secretos de la religión del Yurupary y el acceso a los rituales de los instrumentos sagrados. El carácter aleccionador de ésta historia, es muy claro; las leyes de Yurupary así como premian la lealtad y la amistad en el caso de sus fieles discípulos Caryda y Arianda, son inflexibles para aplicar las más severas sanciones ante la traición, para mantener de esta forma los ideales religiosos y

sociales de la comunidad, pues la debilidad humana entorpece la misión civilizadora y la confianza que la comunidad debe brindar a la autoridad de los jefes de la tribu. De esta forma se está enseñando que la sabiduría no proviene de la edad, ni los favores se reciben por la belleza, sino por la rigurosa observancia y respeto de la normatividad social.

Para precisar la teoría en que se ubica el castigo en el mito, debemos empezar por decir, que las penas impuestas, buscan expiar las faltas cometidas contra el héroe mitológico, al cual le confieren carácter divino, por lo que la sanción constituye su venganza y la reafirmación de su poder. En este sentido, podemos inferir que el concepto de justicia en ésta leyenda, es de índole retributivo primordialmente (tiene que ver con el castigo impuesto por los dioses a las acciones humanas), sin embargo, teniendo en cuenta los fines que se persigan al imponer el castigo, pueden operar conjuntamente el retribucionismo y el utilitarismo, bien combinados o bien comprometidos en la misma acción.

En este orden de ideas, podríamos afirmar que las sanciones impuestas a los hombres por mostrar los instrumentos; a Camina y Curán por transgredir la prohibición de tener relaciones sexuales; a Naruna por querer serle infiel a su marido con Yurupary y a Ualry y Diadue, por revelar secretos el primero y la segunda, por seducir con su belleza a Ualry para conocer los secretos de los hombres; siguen la teoría utilitarista por cuanto el fin del castigo es mostrarle a la colectividad las consecuencias que se derivan de infringir la ley y proteger el matrimonio y la familia monogámica, en el caso de Camina y Curán. En los casos restantes, hallamos un fin mixto, pues se quiere prevenir a la comunidad para que no infrinjan las leyes establecidas y a su vez, se quiere castigar la falta.

4. DIFERENTES TEORÍAS SOBRE EL CASTIGO ANALIZADAS A TRAVÉS DEL LIBRO DE ENRIQUE MARI.

El castigo constituye un instrumento de control social, en cuanto es una reacción social o del estado frente al delito, para sancionar conductas delictivas que ponen en peligro la existencia del orden social, en la medida en que impiden una sana convivencia entre los miembros que componen dicha sociedad.

Podríamos decir que sus fines principales son la prevención y la disuasión y, al lado de ellos, la retribución justa y la resocialización, comoquiera que la primera permite expandir en la comunidad una idea de proporcionalidad y un límite a la intervención penal del estado, mientras que la segunda, no sólo permite la reinserción social del individuo sino que también protege a la comunidad del delito.

Así, la pena se justifica por su necesidad como medio de coacción para mantener las condiciones esenciales de vida necesarias para la convivencia pacífica en comunidad, pues sin ella, dicha convivencia sería imposible; por lo tanto, su justificación no obedece a una cuestión religiosa ni filosófica, sino práctica o política, pues constituye una necesidad.

La Corte Constitucional en la sentencia C-261, de 1996 hizo un planteamiento de la pena con fundamento en la concepción mixta de las teorías que la estudian, que intenta interpretar las normas sobre sus fines a partir del modelo de estado social y democrático de derecho.

El fallo empieza por diferenciar los fines de la pena, de acuerdo con el momento en que se ejercita. En la etapa de la conminación penal o criminalización primaria, el legislador orienta la definición y punición de los delitos fundamentalmente por consideraciones de prevención general o de protección a la

comunidad y sólo secundariamente mira principios retributivos. Por lo anterior, la tipificación legal de los delitos pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos, dignos de ser protegidos, por ser necesarios para mantener el mínimo de convivencia pacífica (prevención general); pero siempre con el cuidado de mantener cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que se le adjudica en la ley (componente retributivo).

Ahora, en el momento de la imposición de la pena, considera la Corte que el sistema debe operar con un criterio esencialmente retributivo, con el fin de que, por razones de justicia, exista proporcionalidad entre el daño causado con la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena impuesta.

Finalmente, sostiene el alto tribunal, que la fase de ejecución penal debe dirigirse por la finalidad de prevención especial positiva; esto es, que la pena debe buscar la resocialización del condenado, pero dentro del respeto de su autonomía y dignidad, de tal manera que el estado propicie los medios y las condiciones que por lo menos impidan la desocialización o empeoramiento del condenado como consecuencia de la intervención penal.

Para corroborar lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia C-026 de 1995, expresó:

“La pena en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no sólo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia”.

Diferentes Teorías sobre el Castigo

El filósofo Enrique Eduardo Mari, en su obra "*La Problemática del Castigo*", nos muestra fundamentalmente dos clases de teorías, las que se clasifican de acuerdo al fin que tenga el castigo. Es así como nos habla de una teoría retribucionista y otra utilitarista, las que seguidamente se describirán.

La Retribucionista: sus características son:

- Justifica el castigo por razones de justicia.
- El autor de la ofensa ha causado un daño, luego merece que por ello se le castigue. Es esto una estricta razón de justicia: la de retribuir o reparar su acción.
- El infractor debe ser condenado por lo que merece, porque es justo hacerlo así.
- La retribución sólo puede determinar que un hombre debe ser castigado y no *cómo y en qué medida*.
- Sostienen que el dolor sofoca *ipso facto* lo peor de cada uno y libera lo mejor.
- La pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del infractor.

Exponentes: Si bien las teorías retributivas no cuentan en la actualidad con muchos defensores o representantes, podemos citar los siguientes:

- **Bradley** quien expone que una vez fijado el derecho a castigar por pura razón de merecimiento, se puede modificar el castigo, si bien en forma externa, de acuerdo con lo útil y lo grato.

- **Mabbott**, escribe lo que calificó como una teoría pura del castigo, el que concibe como una pura forma legal, porque no desaparecen de su marco los criterios utilitaristas, pero sí el más mínimo contenido moral o social. Para él la publicidad es lo que disuade. Admite que si un hombre es castigado con justicia, es posible disuadir a otros y lograr también su reforma.
 - **Mundle**, afirma que en el retribucionismo están envueltos tres elementos: dos pretensiones éticas y una recomendación verbal. La primera establece que el hecho de que una persona haya cometido una ofensa moral proporciona una razón suficiente para ser sometida a sufrimiento; la segunda, (principio de proporción) afirma que si la gente es sometida a sufrimiento por sus ofensas, el sufrimiento impuesto tiene que ser proporcionado a la gravedad moral de sus ofensas y la recomendación verbal, se refiere a que la palabra castigo debería aplicarse sólo en aquellos casos en que una persona es puesta a sufrir porque lo merece, como resultado de una ofensa moral.
 - **Kant**: sostiene que no existe legitimidad en imponer un fin a la pena, tendría el ser humano como un medio y no como un fin en sí mismo. Con la pena se busca es la restauración del orden perturbado por el delito y la proporcionalidad de la misma debe obedecer a la ley del talión (ius talionis).
 - **Hegel**: no se trata de la restitución del mal causado, sino en la restitución de la lesión al derecho –comisión de un delito- vulneración de un bien protegido por el derecho penal.
- **La Utilitarista**
 - Apela a las consecuencias valiosas del castigo.
 - El castigo sólo se justifica computando las consecuencias de la pena, o sea, tomando en cuenta su utilidad u oportunidad. En consecuencia, su fin

es la disuasión del ofensor o en el uso preventivo del castigo respecto de terceros, otros en la reforma del ofensor.

- Hay que ponderar la utilidad futura de la condena, la oportunidad política.
- La función de la pena es motivar al infractor o a la comunidad a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos legalmente protegidos.

Exponentes:

- **Platón:** en su libro “*Las Leyes*” hace suya la tesis utilitarista de Protágoras. Entiende la actividad punitiva como ligada a la tarea fundamental del estado de conducir los hombres a la virtud, de preparar buenos ciudadanos, de reparar, en cuanto al dolor, el daño causado por la ofensa en el alma del infractor cuya condición mejora según lo hace saber Sócrates a Polo, si se le inflige una pena, que si no se le sanciona. La pena tiene que ser aprendizaje para el logro de la enmienda del hombre y pedagogía para formarlo como ciudadano virtuoso.
- **Ewing:** expresa que no se puede justificar el castigo por el Estado sobre bases retribucionistas, pues la retribución sólo puede determinar que un hombre debe ser castigado, pero no dice cómo y en qué medida.
- **Hart** ¹¹: sostiene que se debe distinguir entre: a) Retribución como fin general de justificación y b) retribución como determinación de que sólo aquellos que han violado voluntariamente la ley pueden ser castigados (distribución). Así crea una disputa entre utilitarismo y retribucionismo, la que se podría evitar de admitirse al mismo tiempo que las consecuencias benéficas (utilitaristas) presiden el fin general de justificación y que la búsqueda de este fin está sujeta a una restricción, la del principio de distribución, que independientemente requiere que el castigo sólo se aplique al autor de la ofensa.

¹¹ H. L. A. Hart, “*Prolegomenon to the Principles of Punishment*”, op. cit. nota 22, p.

- **Bentham:** las leyes en general, y en particular la ley penal, deben excluir el daño que es un opuesto contradictorio de la felicidad, la cual constituye el objeto general de todas las leyes. El castigo sólo debe ser admitido en la medida en que excluya otro mal.
- **A. E. Taylor:** los hombres son justamente reprendidos y castigados cuando delinquen, y el propósito es que la reprimenda o el castigo puedan dar una lección para el delincuente o para otros, a fin de que no cometan delitos en el futuro.¹²
- **Hobbes:** su criterio utilitarista comprende en él tres elementos: reforma, prevención e instrucción, que rigen tanto en la ley civil como en el de la ley natural.

¹² A. E. Taylor, Plato. *The man and his work*, Methuen, citado por García Maynes en el artículo “El mito de Prometeo y Epimeteo y las finalidades del castigo”, *dianoia*, México, 1979.

5. EL CASTIGO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA MODERNA. Sentencia T-317 de 1994 y C-026 de 1995. Una lectura analógica.

Continuamente los juristas nos hacemos la pregunta: ¿Qué sería la vida de nuestra sociedad colombiana sin la intervención punitiva dentro de un estado social de derecho? Evidentemente, la pena constituye un instrumento de control social; sin embargo en la modernidad, en la búsqueda constante de que las penas sean efectivas y cumplan el fin perseguido, existe controversia sobre cuál es la teoría a seguir y sobre la racionalización del castigo mismo.

En desarrollo de ésta concepción, para Michel Foucault¹³, quien sigue a Rousseau, cuando éste afirma que el criminal es aquel individuo que ha roto el pacto social, considera que *“la pena consiste en hacer que el daño no pueda ser cometido nuevamente, que el individuo en cuestión no pueda volver a tener deseos de causar un daño a la sociedad semejante al que ha causado, en hacer que repugne para siempre el crimen cometido”*. Estas afirmaciones nos llevan a concluir que en las prácticas sociales, el castigo se racionaliza y se aplica siguiendo los lineamientos de la teoría utilitarista. Tanto Weber como Foucault, consideran que las prácticas sociales son más eficientes y se adaptan racionalmente a objetivos específicos, tornándose más eficaces desde el punto de vista instrumental, pero menos significativas y con menor carga emocional para sus agentes humanos.¹⁴

Sin lugar a dudas, la pena debe actuar como un instrumento de control social, como reacción social al delito, en los cuales emergen de contera otros fines principales como son la prevención y la disuasión, la retribución justa y la

¹³ FOUCAULT, Michel. *“La Verdad y las Formas Jurídicas”*. Edit. Gedisa. Página 94.

¹⁴ GARLAND, David. *“Castigo y Sociedad Moderna”*, segunda edición, 2006, página 211

resocialización, como una idea de proporcionalidad en la reacción estatal y un límite a la punición del estado.

La justificación de la pena, contrario de las leyes que regían a los indígenas en la región del Amazonas, se mantienen ahora como una coacción para mantener las condiciones esenciales de vida necesarias para la convivencia pacífica de la comunidad, luego ya no comprende un tabú, donde los fines de la pena en nuestro actual sistema penal colombiano no se miran desde la óptica del carácter religioso o filosófico, comoquiera que el derecho interno está fundamentado en la Constitución Política, la cual proscribió la pena de muerte en su artículo 11 e igualmente, ordena en el 12, que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos ni degradantes.

La Corte Constitucional al revisar la demanda de inconstitucionalidad sobre algunas expresiones del artículo 262 del Código Civil, reformado por el artículo 2820 de 1974, fundamenta su fallo, en primer lugar, dentro de la función utilitarista que debe cumplir la sanción que aplican los padres sobre los hijos, apartándose de la concepción absoluta de la pena, propia de la racionalidad. Para la alta corporación los aspectos teleológicos de la represión de los menores deben estar encaminados a crear motivos justos para que no causen temor infundado en la aplicación del castigo, para responder a un modelo, donde lo importante es que la naturaleza y filosofía de la función que cumpla la preceptiva de la norma, no pierda cualquier utilidad educativa.

La sanción dentro del mundo fenomenológico, como lo advierte la Corte sobre el derecho de sancionar moderadamente a los hijos, *“en el proceso de desarrollo psicológico del niño juega papel importantecomo elemento*

*formativo*¹⁵, donde representan un papel protagónico las instituciones como la familia y la escuela, como medio de control social; sin embargo, esa sanción no puede confundirse con el maltrato físico ni con el daño psicológico o moral, por las consecuencias adversas que puedan traer al menor.

De otra parte, dentro de la función retributiva de la sanción que debe imponerse, esta debe ser proporcional a la falta cometida, de tal modo que no infrinja los derechos constitucionales del menor, además que debe ser oportuna para que éste no pierda la noción exacta sobre el motivo por el cual recibe la sanción.

Al hacer un parangón con las formas de castigo que fueron utilizadas en los códigos o mitos que utilizó la etnia de Yurupary para sancionar a los menores de edad, como en aquel evento, en que el viejo Ualry, acompaña a los jovencitos nuuibas, a coger frutas de un árbol, habiéndose subido en él, no sin antes advertirle a estos, que no encendieran fuego bajo el árbol, recomendación que no fue oída por estos, quienes procedieron a encender una hoguera para tostar los frutos, haciendo caso omiso de los padecimientos que sufría el anciano, quien después de descender del árbol, utilizando su amuleto, llamó truenos y centallas, invitando a los jóvenes a introducirse en una casa, que en verdad, era su panza, en donde quedaron presos, constituyendo esto el castigo impuesto por su desobediencia.

Del ejemplo anterior, podemos decir que para imponer el castigo prácticamente se entraba en un método expiatorio racional que guarda simetría con la sociedad de esa época, donde cumplía una función netamente retributiva en función de justicia y de culpabilidad del infractor, en donde la pena de muerte era admitida y considera eficaz para combatir el mal causado por el infractor.

¹⁵ Sentencia No. C-371 de 1994

En éste sentido, el legislador ha evolucionado en la codificación de las sanciones penales, para hacer de la ley un decálogo donde la pena será legítima si se respetan los principios de la seguridad jurídica y de la dignidad de la persona y los derechos humanos, por lo que podemos decir que en nuestra legislación, se impone el principio constitucional de la igualdad que predica el constituyente a través del artículo 13, para que todas las personas sean tratadas de la misma manera ante la ley y reciban la protección de las autoridades, gocen de los mismos derechos y libertades sin consideración al sexo, raza, estirpe, origen, religión , opinión política o filosófica, constituyendo de esta manera una fuente a través del derecho histórico para crear una norma cierta que cumpla con esa función social y sirva de dique para no permitir el descontrol social.

De igual manera, cabe resaltar, que si bien en la actualidad, los castigos o las penas son temporales, en aras de que cumplan con el fin perseguido, en Yurupary, habían castigos permanentes, como aquel infringido a las mujeres, a quienes, después de mandar y ser obedecidas, se les quitó por siempre, el poder político, social, religioso y económico, puesto que las leyes impartidas por el tuixáua, durarían por siempre, ya que su misión en la tierra era poner fin al matriarcado, instaurar el patriarcado y encontrar la mujer perfecta, dominándola y someténdola al tabú religioso bajo la creencia mística de un dios superior. Contrario a lo planteado en el mito, el inciso final del artículo 28 de nuestra Carta Política, dispone que *“en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”*.

En esas condiciones, se presenta un legado inapreciable de las tribus de la frontera colombo-brasileña, manteniendo esa tradición, cuyo núcleo es la figura del héroe legislador –Yurupari- quien ha facultado a los hombres, a ejecutar el castigo sobre las mujeres cuando lo adviertan, pues de no hacerlo, lo pagarán con su vida, en la medida en que al cacique hay que obedecersele, por su posición dominante y mítica dentro de dicha cultura prehispánica.

En la actualidad, tal como lo enuncia la Corte Constitucional, se utiliza de manera simultánea una y otra doctrina (la retributiva y preventiva), en aras de que los fines del castigo se cumplan, poniendo de presente la gran dificultad de encontrar un fundamento sólido y definitivo que satisfaga a la vez, las exigencias lógicas y éticas implícitas en la función punitiva. Es así como siguiendo éste criterio, aparece en el Código Penal el artículo 12, el cual preceptúa que *“la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora”*.

Al referirse al cambio que ha operado de un régimen social al otro, Foucault se pregunta: ¿Cómo el modelo coercitivo, corporal, solitario, secreto del poder de castigar ha sustituido al modelo representativo, escénico, significativo, público, colectivo?

CONCLUSIONES

De la lectura del presente trabajo de investigación, puedo extractar que evidentemente el castigo está presente en el relato mítico del Yurupary como una manifestación del poder divino, delegado en la tierra a través del tuixáua quien en una lucha constante contra el matriarcado, en ejercicio del poder conferido, impone las leyes del sol y castiga severamente a quien las infrinja, trasladando la sanción no solamente al infractor, sino a su familia, amigos y demás miembros de la tribu que conociendo la falta no la denuncien.

El pensamiento que se hace a través de él, al pensamiento filosófico como a la historia de las ideas jurídicas, es analizar la manera como se aplica la pena, en una función retributiva, como lo hace la ley del talión, es decir, la característica del castigo, es impersonal, en la medida en que se aplica para todo el grupo familiar y social, a contrario sensu del derecho histórico como fuente de la ley podemos caracterizar la pena, hoy por hoy, como personal, pues solamente se castiga al infractor como autor del hecho.

Por otro lado, hay que resaltar, que al analizar la obra mitológica, podemos advertir que las distintas clases de castigos a que ella hace referencia, no se ubican en particular en una corriente filosófica exclusiva, sino que comparten características de ambas corrientes, lo que sucede actualmente, en donde resulta difícil encuadrar en un solo pensamiento filosófico, los fines de la pena, por lo cual, tenemos que remitirnos a las diferentes escuelas que estudian el tema y tomar lo mejor de cada una de ellas, para aplicar la ley a los infractores, teniendo en cuenta la clase de delito a investigar y el daño que haya causado tanto a la víctima como a la sociedad en sí misma.

Estas premisas permiten proyectarme para una nueva investigación, en donde se analice con profundidad el tema de la función punitiva, partiendo de una

obra literaria que se refiera al tema objeto de estudio en ésta, pero examinando la concepción mixta del castigo, que constituya una fuente de equilibrio entre las dos corrientes aquí examinadas.

BIBLIOGRAFIA

- GARLAND, David (2007). "Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía". Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana. Nuevo Pensamiento Jurídico. Temis.
- Aristóteles. Moral
- Sófocles. Antífona. Madrid. Edimat, 2002.
- Platón. Apología de Sócrates.
- Jaime Descree. "La Filosofía de Principio a fin". 2008.
- Garland, David, 2006, 2ª edición, "Castigo y Sociedad Moderna". Un estudio de teoría social.
- Código Penal y de Procedimiento Penal. Anotado. Leyer, Bogotá, 2006, 19 edición.
- Constitución Política de Colombia Comentada. José M. Forero B. 1ª edición. 1995.
- La Leyenda de Yurupary. Texto tomado literalmente de ORJUELA, Héctor H. YURUPARY, MITO, LEYENDA Y EPOPEYA DELVAUPES (Con la traducción de la "Leggenda deli jurupary" del conde Ermanno Sitradelli por Susana N. Saléis), Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1983, p. p. 179-265.
- Marí, Enrique Eduardo "La Problemática del Castigo", discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault. Hachette, 1ª edición 1983.