

**LA SOCIEDAD WAYUU FRENTE AL
DERECHO PENAL**

FRANCISCO FUENTES CALDERON

FACULTAD DE DERECHO Y FILOSOFÍA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

BOGOTÁ D.C. 2009.

**LA SOCIEDAD WAYUU FRENTE AL
DERECHO PENAL**

FRANCISCO FUENTES CALDERON

DIRECTOR

Doctor RICARDO CALVETE MERCHAN

FACULTAD DE DERECHO Y FILOSOFÍA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

BOGOTÁ D.C. 2009.

A Dios, mi sustento, mi esperanza
A mi papa FRANCISCO FUENTES ACOSTA en honor a su lucha y esfuerzo
A mi Mama BELIA CALDERÓN GARRIDO, el amor de mi vida
A mis amigos, que hicieron estos cinco años un instante

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor RICARDO CALVETE MERCHAN por su tiempo y guía

Al Doctor WEILDLER GUERRA CÚRVELO quien fue la base de este trabajo

Al Doctor HERNANDO ACOSTA RODRIGUEZ mi Maestro

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
1. EL SISTEMA NORMATIVO WAYUU.....	12
1.1 Aspectos generales.....	12
1.2 Las normas y la organización en la sociedad Wayuu.....	13
1.3 Los conflictos y las instituciones de control social en la sociedad Wayuu.....	17
1.3.1 Las disputas, los sujetos y los modos de solución.....	17
1.3.2 La compensación económica.....	20
1.3.3 El impacto social de la compensación.....	25
1.3.4 La Dignidad Humana y la Compensación.....	27
1.3.5 La institución del PALABRERO.....	31
1.4 La palabra y la tradición oral como norma de conducta y como sistema de Derecho.....	30
2. EL DERECHO PENAL FRENTE AL INDIGENA WAYUU.....	41
2.1 Aspectos generales.....	41
2.2 Fundamentos del Derecho Penal.....	43
2.3 Principios Rectores del Derecho Penal.....	46
2.3.1 Principio de intervención mínima o <i>Ultima Ratio</i>	47
2.3.2 El principio de <i>non bis in ídem</i>	50

2.4	Los fines de la pena frente a la comunidad Wayuu.....	53
2.4.1	Aspectos generales.....	53
2.4.2	La prevención general positiva.....	54
2.4.3	La prevención especial positiva.....	59
2.4.4	La retribución justa.....	62
3.	EL SISTEMA NORMATIVO WAYUU: UN DERECHO ALTERNATIVO.....	65
3.1	Aspectos Generales.....	65
3.2	Protección constitucional a la jurisdicción indígena.....	65
3.3	El sistema Normativo Wayuu: Un Derecho Paralelo Alternativo.....	71
	Conclusiones	79
	Bibliografía.....	81

PRESENTACIÓN

El ordenamiento legal colombiano contempla el trámite de un engorroso proceso penal, como solución a los conflictos que surgen como consecuencia de la ocurrencia de un hecho punible. Para un simple observador, la presencia de un sistema donde las diferencias se arreglan de manera dialogada, donde se encomienda a un tercero, llamado palabrero, la labor de servir de amigable componedor y solucionador del conflicto, resulta, por decir lo menos exótico. Esta tesis aborda el estudio del sistema adoptado por la comunidad Wayuu, etnia indígena del norte de Colombia, la cual ha contado desde tiempos inmemoriales, con la institución de la compensación como medio para reparar los daños derivados de la conducta reprochable y corregir la afrenta producida en la familia del afectado por la misma conducta.

En el devenir de los días, la sociedad Wayuu se ve envuelta en una serie de conflictos dentro de su misma etnia, donde se registran conductas que pueden llegar a considerarse punibles frente al ordenamiento jurídico penal colombiano, pero que dentro de este grupo étnico no son reconocidas como tal, sino que son contempladas como una contravención a las normas sociales del conjunto, las cuales tienen una forma específica de resolverlos con cualidades propias, con su respectivo procedimiento, la cual es conocida como la **“compensación”**. Así las cosas, en dicha etnia, algunos conflictos se resuelven única y exclusivamente por esta vía de la compensación, institución que tiene un origen mitológico, y ha pasado de generación en generación. El indígena Wayuu, desde su particular

forma de ver el mundo, considera esta institución como el único modo para resolver los conflictos que se le presentan; institución que tiene origen en sus costumbres, en las enseñanzas de sus mayores y que desde niño ha visto.

Uno de los principales problemas que enfrenta la comunidad Wayuu en la actualidad es la intervención del Estado (ya sea Colombiano o Venezolano), a través de las autoridades judiciales en los asuntos propios de la comunidad cuando se presentan conductas constitutivas de delitos en el sistema occidental, especialmente cuando se trata de bienes jurídicos que el ordenamiento penal considera como no disponibles; irrespetando de esta manera sus tradiciones con todo lo que ello implica, hasta el punto que esa forma particular de resolver los conflictos no se toma en cuenta, judicializando y encarcelando al indígena; quien por supuesto, debido a su particular cosmovisión no considera legítima la pena de prisión y mucho menos que el Estado pueda intervenir en sus asuntos, máxime si se trata de conflictos dentro de su misma etnia.

De una manera sencilla y respetuosa este trabajo pretende ser un aporte al mundo Wayuu, contribuyendo desde el punto de vista jurídico a esta comunidad, buscando respeto y tolerancia a sus costumbres, y sobre todo para que en un futuro ayude y pueda servir de fundamento para las defensas penales de estos indígenas, aportando en algo al plan de SALVAGUARDA de la sociedad Wayuu, que constituye una batalla que se ha librado por sus líderes en los últimos tiempos.

Ojalá, en un futuro, se pueda abrir la puerta para que a esta comunidad le sea respetada su Jurisdicción, tanto desde el punto de vista de los sujetos, como de

su jurisdicción territorial, con todas las connotaciones que ello pueda traer, es decir, que independientemente de los sujetos, los conflictos que allí se presenten se solucionen a "*La manera Wayuu*".

FRANCISCO FUENTES CALDERON

Agosto de 2009

INTRODUCCION

La cultura Wayuu es una sociedad ancestral, cuya configuración está dada por las tradiciones de sus antepasados en todos los ámbitos que rigen la vida de sus integrantes, donde las tradiciones han pasado por generaciones y se mantienen vigentes en la actualidad, sobreviviendo a los cambios sociales, políticos y económicos que enfrenta el mundo contemporáneo.

Como sociedad aun vigente, los asuntos normativos no constituyen una excepción por cuanto tienen un sistema de normas propio, consuetudinario y de tradición oral, de hecho el único reconocido como válido, merecedor de respeto y de acatamiento, considerando otro tipo de ordenamiento como ILEGITIMO, todo ello fundado en su particular forma de concebir el mundo que tiene una base mítica.¹

Cuando se presentan conflictos de carácter INTRAETNICO², la forma de solucionarlo es siguiendo sus propias reglas y procedimientos, en especial el mecanismo de la COMPENSACION, donde al existir un quebrantamiento de las normas sociales surge la necesidad de una mediación llevada a cabo por la institución del PALABRERO³, que de manera retórica lleva a las partes a un consenso que finaliza el conflicto.

¹ Mítico: Adj. Perteneciente o relativo al mito (Diccionario de la Real Academia de Española - DRAE) Mito: Narración maravillosa situada fuera del tiempo histórico y protagonizada por personajes de carácter divino o heroico. Con frecuencia interpreta el origen del mundo o grandes acontecimientos de la humanidad. (Diccionario de la Real Academia de Española - DRAE)

² Intraétnico: Al interior de una comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales.

³ El Palabrero tiene su origen en la mitología Wayuu y se remite al pájaro Utta, quien "aparece en distintas narraciones como un gran legislador a quien Ma`leiwa encomendó la clasificación de los Wayuu en clanes y quien dictó las primeras prescripciones a su organización social. (Guerra, W.)

Como parte de la sociedad colombiana, los Wayuu estarían regidos por el sistema jurídico nacional; sin embargo, a partir de 1991 a nivel constitucional se les reconoció la legitimidad para auto gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. La aplicación de la legislación nacional y del sistema normativo Wayuu podría colocar a los indígenas en dos situaciones relevantes: primero, se podría sancionar a un individuo por incurrir en conductas tipificadas en el ordenamiento nacional pero que no constituyen quebranto de normas indígenas, por ejemplo puede mencionarse la inasistencia en materia de alimentos del padre indígena respecto de sus hijos y el porte de armas y, la segunda, que algunos individuos además de otorgar con sus parientes una compensación material al grupo reclamante, serían castigados por el sistema judicial colombiano, recibiendo entonces una doble sanción por sus actos.

Frente al derecho colombiano, en especial el derecho penal y a la pena de prisión como manifestación de éste, los indígenas Wayuu deberían estar al margen cuando los conflictos se presenten dentro del seno de la comunidad, por cuanto el mismo carece de sentido respecto a los individuos que no lo conocen o que, aun conociéndolo, lo consideran ilegítimo por su condicionamiento cultural, teniendo un derecho propio para regirse.

Entre otras, deberían estar al margen por cuanto estos indígenas poseen un sistema normativo propio que les asegura la vida en comunidad y así pueden mantener el equilibrio social, que en cierta medida es un fin primordial al que quiere llegar el derecho.

Así la sociedad occidental no comparte las normas Wayuu y su sistema de compensaciones, que incluso podría parecer en ciertos ámbitos aberrante, sus normas y sus formas son merecedoras de un total respeto, más si se tiene en cuenta que es una sociedad anterior a los Estados que conocemos (entre ellos el Estado Colombiano)⁴. Precisamente por ello la Constitución Política protege a estas comunidades y su jurisdicción, con el fin de que estas puedan de una manera efectiva autodeterminarse.

Lo anterior implica que estos individuos deberían ser juzgados únicamente conforme a sus propias normas, en las cuales creen y consideran legítimas, pues su particular forma de ver el mundo no les permite comprender el ordenamiento jurídico colombiano y en esa medida regirse por él. Además resulta totalmente innecesario porque ellos tienen reglas que los rigen, siendo su Derecho alterno frente al ordenamiento colombiano y para ellos superpuesto a él.

⁴ El Estado colombiano tiene existencia formal tan solo a partir de 1819, mientras que la comunidad Wayuu habita la zona Guajira desde del año 1200.

1. EL SISTEMA NORMATIVO WAYUU

1.1 Aspectos generales

La sociedad Wayuu tiene normas que rigen el diario vivir de sus miembros, en este caso, desde sus ancestros y con origen mítico tienen reglas que regulan su comportamiento y las formas propias de mantener el orden, con instituciones definidas dentro del grupo, siendo estas normas e instituciones aceptadas, respetadas, acatadas y consideradas legítimas por todos los miembros de la comunidad. Además, con un sistema *sui generis* de solución de conflictos, pues cuando algún miembro con su conducta va en contra de las normas de la comunidad, en este sistema se llega a un arreglo directo entre los afectados y el sujeto que contraviene la norma de convivencia, llegando así a una solución conciliada, logrando la paz, la justicia y el equilibrio dentro de la comunidad.

Este trabajo no pretende explicar el por qué se infringen las normas comunes a los individuos de la sociedad en estudio, ya que en todas las sociedades del mundo se infringen las normas en mayor o menor medida, pues la infracción y la realización de conductas objeto de reproche son propias de la vida en sociedad y existen en todas las comunidades, pero si pretende mostrar que la respuesta prevista para dichas infracciones es legítima y suficiente, no siendo necesaria la intervención otro tipo de respuesta que contemple el ordenamiento jurídico colombiano.

1.2 Las normas y la organización en la sociedad Wayuu

Como anteriormente ha sido expresado, en todas las sociedades existen reglas que regulan la convivencia pacífica de los individuos en sociedad. En la sociedad

Wayuu, las normas están dadas de una manera INMATERIAL toda vez que no existe nada escrito en materia normativa. Ello no quiere decir que no existan y mucho menos que no se respetadas ni exigibles, por el contrario existe la tradición oral y por esta vía todos y cada uno de los miembros las conocen, respetan y se les puede demandar su cumplimiento.

Lo que nosotros conocemos como ley desde un sentido amplio, que para efectos de este trabajo y para no dar lugar a discusiones teóricas ni filosóficas podemos definir desde una concepción antropológica como “un cuerpo de obligaciones que comprometen, consideradas como un derecho por una parte y reconocidas como un deber por la otra,” (Gluckman: 1978, p 218) en el mismo sentido, como “conjunto de normas reconocidas como obligatorias por sus miembros,” (Gluckman: 1978, p 218) en los sistemas normativos de las sociedades tribales están dadas -mas allá de los orígenes míticos- por la misma naturaleza, ya que haciendo uso de los conceptos del realismo jurídico, va implícito en la misma “esencia de las cosas”, en “lo suyo de la cosa”. La vida, la dignidad, la propiedad, encuentran su fundamento y su sustento en si mismas. Entonces, “la ley no consiste en un sistema especial de decretos que prevén y definen formas de no-cumplimiento, proporcionando límites y remedios. La ley es el resultado concreto de la configuración de obligaciones que hace imposible que el nativo eluda su responsabilidad sin sufrir por ello en el futuro” (Gluckman: 1978, p 245)

En la sociedad Wayuu existen normas de comportamiento fuertemente marcadas, de respeto a la vida, a los bienes de los demás, a la integridad personal, a la dignidad de las personas y allí va implícita la dignidad del grupo, siendo la paz un

valor en el que todos aquellos derechos encuentran su finalidad, es decir, la vida en comunidad con armonía, “que podamos vivir en paz, para vivir en tranquilidad, sin problemas”⁵ ya que esta comunidad de una manera racional se autorregula y es capaz de vivir en sociedad de una manera pacífica, de allí sus normas, debido a que “la ley y el orden surgen de los mismos procesos que ellas gobiernan” (Gluckman: 1978 p 247)

La vida en la sociedad Wayuu se mantiene por el respeto y el sistema de control social que existe para mantener el orden. Las normas de convivencia están dadas por el mismo orden natural de las cosas y la distinción de lo que está bien, de lo correcto, “el reconocimiento de la rectitud y de la injusticia de determinados aspectos en una disputa es en todas partes el factor esencial de la vida social” (Gluckman: 1978 p 247). En esta sociedad existen valores para la vida en sociedad, “estos valores comunes hacen referencia a la fertilidad, la salud, la prosperidad y la vida, todo aquello que da vida y alegría a un pueblo. Ellos son la salvaguardia tanto de las necesidades materiales de la existencia como de las relaciones básicas de la estructura social: tierra, ganado, lluvia...” (Gluckman: 1978 p 247).

Podemos ilustrar de una manera sencilla y básica la existencia de estas normas desde el punto de vista antropológico, así como los valores en los que estas encuentran su base, mostrando como ejemplo el derecho de *propiedad*: al indígena desde pequeño se le enseña a reconocer que existen bienes y que estos pertenecen a alguna persona, que de alguna manera legitima los ha

⁵ Cáceres David, Biólogo Marino, Líder de la comunidad y miembro activo del plan de salvaguarda de los símbolos patrimoniales de la comunidad Wayuu, Entrevista en campo

adquirido, lo que le otorga de manera general a las demás personas el Derecho sobre esas cosas, y a él, el deber de respeto sobre ellas.

Desde el estudio de la organización sociopolítica Wayuu se alcanza entender el sistema de normas que los regula. Dicha organización está basada en el parentesco, ya que este “ofrece una perspectiva provechosa para establecer los derechos y obligaciones que corresponden a cada uno de los conjuntos socialmente significativos de un individuo cuando el derecho culturalmente reconocido a su integridad personal es afectado”. (Guerra: 2002 p 65) De esa relación de parentesco es que se deriva la relación derecho-obligación y las autoridades que gobiernan la vida en comunidad, es decir, que las normas de conducta, aunque son comunes para todos los individuos de la comunidad, se le transmiten al individuo por medio de sus parientes.

Las relaciones de parentesco en la sociedad en estudio se dividen en los APÜSHII, Parientes Uterinos de Ego y los O`PAYUU Parientes Uterinos del Padre Ego; (Guerra: 2002 p 75) este tipo de relaciones parentales tienen su cimiento desde el concepto de procreación, donde el hombre y la mujer en el momento de la concepción hace un aporte diferente a la criatura, así pues “estos consideran que en la procreación de un individuo la mujer aporta la carne y la sangre de la menstruación que alimenta al niño durante la gestación. El hombre por su parte, aporta la sangre activa a través de su semen, la cual es una subcategoría de la sangre que interactúa con la sangre pasiva de la mujer causando al niño”. (Guerra: 2002 p 76) La sociedad Wayuu es una sociedad Matrilínea, entendida ésta como “la estrecha vinculación entre parientes

uterinos”; (Guerra: 2002 p 74) y aquí es oportuno precisar que esto se debe a que de una manera bastante lógica los Wayuu consideran sus parientes cercanos a los parientes por vía materna, ya que ellos provienen de un mismo “UTERO” o de un útero común. Estas relaciones de parentesco definen los derechos y las obligaciones que se tienen con los parientes, así como el respeto y obediencia que se les debe a estos.

La autoridad en la sociedad Wayuu no es impuesta, sino que el individuo en medio del grupo la va ganando, dependiendo de factores que podríamos dividir en dos: 1. “la especificidad del vínculo genealógico por el sexo y por la edad” 2. La riqueza de la persona, el prestigio, el respeto, el comportamiento, la consideración y la prudencia; “ya que en situaciones de grave conflicto exigen la presencia del tío materno más reconocido por su riqueza, prestigio, valor o sensatez, como **cabeza** y representante del grupo familiar”. (Guerra: 2002 p 79) (Negrilla y resalto fuera del texto).

Weildler Guerra Cúvelo⁶, antropólogo y miembro de la comunidad, afirma que el indígena le debe respeto y obediencia a sus tíos maternos y en mayor grado a la cabeza de la comunidad, “a quienes estos designan con el nombre de ta`laüla, cuya traducción puede ser **mi viejo, mi tío materno, mi jefe**” (Guerra: 2002 p 79) (Negrilla y resalto fuera del texto). Es en parte por esto que los indígenas Wayuu no reconocen el derecho colombiano como legítimo, ya que estos afirman: “por qué los *alijüna* nos van a imponer sus leyes, si es que ellos no son tíos de nosotros, ellos nos son nada de nosotros para imponernos sus leyes”⁷.

⁶ Guerra Cúvelo, Weildler, Entrevista personal

⁷ Guerra Cúvelo, Weildler, Entrevista personal

Con esas nociones de autoridad es que en la sociedad Wayuu se van transmitiendo a sus miembros, desde que están pequeños, las normas de conducta de una manera oral, desde el núcleo familiar se les enseñan valores que se convierten en reglas de comportamiento, las cuales tienen que respetar para vivir en comunidad, para mantener el orden y que la convivencia sea pacífica, siendo éste el fin el derecho en todas las sociedades.

1.3 Los conflictos y las instituciones de control social en la sociedad Wayuu

El sistema Wayuu es un sistema muy particular, para poder entender las instituciones bajo las cuales se resuelven los conflictos, es necesario entender primero la noción que ellos tienen de los conflictos, cómo es el desarrollo de los mismos y, fracasadas estas instituciones, cuál es el mecanismo utilizado para solucionarlos.

1.3.1 Las disputas, los sujetos y los modos de solución

Como ya ha sido enunciado, las contravenciones a las normas sociales en las comunidades han existido siempre, sin ser la comunidad Wayuu la excepción. Es necesario precisar que entre los Wayuu cualquier falta de acatamiento de una norma de conducta de la comunidad constituye una afrenta y puede llegar a generar un CONFLICTO INTRAETNICO, entendiendo conflicto como “oposiciones causadas por la estructura misma de la organización social, las cuales generan tensiones en el corazón mismo del sistema y no para aludir a disturbios superficiales de la vida social”. (Guerra: 2007 p 99)

Las normas son quebrantadas por multiplicidad de factores, debido a la misma convivencia de las personas, ya sea un homicidio, acceso carnal, ofensas verbales, etc., como los describe Guerra Cúrvulo, destacando “tres de los factores fundamentales a los cuales se hallan frecuentemente asociados los conflictos Wayuu: 1. El control de las áreas territoriales y de los recursos naturales presentes en ellas; 2. El hurto de ganado; 3. La existencia de procesos locales de jerarquización social.” (Guerra: 2002 p 99)

En esta sociedad, primeramente, es preciso anotar que cuando se presenta una violación a las reglas de comportamiento que ya existen, se involucra a todos los miembros del grupo, en razón a las relaciones de parentesco, es decir, la afrenta a un miembro del grupo es considerado como una afrenta de la colectividad; es mas, “los conflictos Wayuu son dramas sociales que nos permiten entender sus estructuras políticas”. (Guerra: 2002 p 102) Es allí donde salen a flote los derechos y las obligaciones derivadas de la relación parental. Cuando se ha ofendido un miembro de la colectividad, los parientes de éste se movilizan para enfrentar el problema y decidir cuál será el medio idóneo para que sea remediado el daño.

Valga tener en cuenta que las normas de las que se ha venido hablando, son tales porque constituyen usos que se han dado en la comunidad desde tiempos remotos, independiente de lo que la sociedad occidental pueda pensar de los métodos de resolver los conflictos en esta etnia. Los modos de solucionar los problemas son tres: “1. Abstenerse de culpar a alguien o de tomar medidas

contra persona alguna, 2. Tratar de vengarse en forma sangrienta de la persona responsable o de sus parientes uterinos cercanos; 3. Exigir compensación material". (Guerra: 2002 p 102) Con el primer método descrito no existiría problema ya que no existe acción por parte del grupo ofendido, sobre la tercera opción será tratado en el acápite de La compensación(ver infra 1.3.2), pero baste por ahora decir que es el modo más común para solucionar un conflicto. Mientras que el segundo aparte presenta a la luz del derecho colombiano una mayor problemática, pues entraría la justicia privada a actuar y ello sobrepasaría los límites de una sociedad en armonía y a todas luces iría más allá del orden.

Sin embargo, ésta es la ultima instancia, éste es el ultimo recurso al cual se llega cuando se da un conflicto intraétnico, porque el sistema Wayuu y la sociedad evitan en lo posible que se de un enfrentamiento bélico entre familias, principalmente por el desgaste económico, las perdidas humanas, la inseguridad a que los miembros de los grupos enfrentados se ven expuestos y las demás consecuencias funestas que ello conlleva. Por otra parte, la compensación económica cumple con una satisfacción adecuada, buscando que de una manera pacifica se llegue a un arreglo, para evitar que se dé un enfrentamiento, porque la principal tensión de la comunidad es la posibilidad del enfrentamiento armado y con la compensación, se llega a la paz de la región. Por ultimo, cabe anotar que "las familias deciden irse ala guerra en un 0,1% de los casos"⁸.

El enfrentamiento bélico siempre esta latente y -aunque no se justifica, ni este sea una práctica habitual- se puede presentar. Es importante resaltar, que en el

⁸ Cáceres David, Entrevista en campo

evento que se llegue a dar un enfrentamiento, debido a la inestabilidad que éste desata en la región y todo lo que lleva implícito, en algún momento se acude a los mecanismos ancestrales para solucionar el conflicto de una manera pacífica. Cabe anotar que en el desarrollo de una guerra, las bajas sufridas, para expresarlo de una manera numérica, no son proporcionales, es decir, como se toma en la ley del Talión, que un muerto compense a otro y el problema quede saldado, ya que de todas maneras la parte que inició el conflicto tiene una mayor responsabilidad y a la hora de compensar allí se ve reflejado.

En la sociedad Wayuu cuando se presentan las disputas entra participar todo un entramado social, los sujetos, bien sea los grupos agresores y quienes fueron agredidos, y el papel que estos entren a jugar; las formas con la cual el conflicto tuvo su origen y su desarrollo, con las particularidades que este pueda tener, y también los mecanismos tradicionales para llegar a una solución.

1.3.2 La compensación económica

Esta es la forma más usual por la que se resuelven los conflictos. Sea cual fuere su origen y sin importar la gravedad del asunto, se lleva por esta vía; ya sea un homicidio, un hurto o una ofensa verbal.

En términos generales, la compensación se podría equiparar, en cierta medida, a lo que los hermanos Mazeaud han llamado “Modos de Reparación” (claro está que con connotaciones distintas); esta sería una “Reparación en equivalente”, debido a que como existen daños a los cuales es imposible volverlos a su estado anterior, la víctima “obtiene una ventaja que sea el equivalente al perjuicio

padecido”; (Mazeaud:1962 p 480) el daño, ante la imposibilidad de que se lleve a un estado donde quede como si no hubiese pasado nada, se repara, “el perjuicio no desaparecerá, pero quedara compensado”. (Mazeaud:1962 p 480)

Los líderes de la comunidad Wayuu sienten que la sociedad occidental “tiene una percepción errónea del sistema político, jurídico, de la organización social y de todo lo que tiene que ver con el sistema normativo Wayuu”⁹, y también afirman que se sienten “irrespetados por la sociedad occidental, y con razón, porque es que ellos no nos conocen”¹⁰; es así como en materia de compensación, de ninguna manera se le puede tomar en la forma tradicional Wayuu como un cambio de mercancías, como si la vida o la dignidad de los sujetos estuviera en venta, o como un “aprovechamiento inmoral del dolor propio”, (Guerra: 2007 p108) porque ésta tiene connotaciones que trascienden del mismo valor económico y tiene un trasfondo cultural, este mecanismo ancestral de solucionar los conflictos “no puede evaluarse sin un análisis de interrelaciones de las partes”. (Gluckman: 1978 p 231). La compensación económica va mas allá de los bienes entregados en ella, de su valor material, pasando a un plano moral de reconocimiento al prestigio y al valor social de la persona y/o grupo afectado, ya que el agravante reconoce su falta, demuestra su arrepentimiento por haberla cometido, cuando las personas ofendidas se les causó una aflicción que con ese mismo valor se les remedia.

Es allí donde se demuestra que “el sistema Wayuu aparece en todas sus características de sistema de **Restitución** y no de **Justicia Punitiva**”. (Guerra:

⁹ Cáceres David, Entrevista en campo

¹⁰ Cáceres David, Entrevista en campo

2002 p 24) (Negrilla y cursiva fuera del texto) Entonces, “de acuerdo con el modelo normativo vigente en la sociedad Wayuu, las agresiones físicas o que causen heridas o la muerte de una persona, las afrentas morales que menoscaben el prestigio de un individuo, y por tanto de un grupo familiar, así como las actuaciones que provoquen aflicciones en el espíritu de manera deliberada o involuntaria deben ser compensadas materialmente”. (Guerra: 2002 p 171)

Además de la función de reconocimiento anteriormente expuesta, está también la de lograr la Paz entre las familias, el reestablecimiento de las relaciones que estaban rotas. Los Wayuu consideran que cuando se compensa se hace con el fin de conseguir la paz, en palabras de uno de sus líderes: “los wayuu somos una comunidad que pagamos por vivir en paz, para vivir en tranquilidad, sin problemas”¹¹, y es cuando se compensa que se restablece el orden y la región se encuentra en paz, luego se logra el equilibrio social al atender los mecanismos ancestrales; según Max Gluckman: “cada acto de respeto en estas sociedades demuestra que el individuo tiene buenos sentimientos con el otro. Un pleito es de hecho una acción para defender la totalidad de esa relación”. (Gluckman: 1978 p 241)

Como el fin de la compensación es lograr la paz en la región “la entrega de compensaciones económicas a la parte afectada puede considerarse un requisito esencial para lograr la concordia entre dos grupos familiares indígenas, pues la paz no nace solamente de la voluntad individual de cesar hostilidades, sino del restablecimiento de los mecanismos ancestrales de control social y por tanto, de

¹¹ Cáceres David, Entrevista en campo

que se haga efectiva la compensación económica al grupo afectado”¹². (Guerra: 2007 p 105).

Como ya se dijo, al momento de surgir una controversia entre familias todo el sistema se inclina para que se dé un arreglo mediante la compensación, y propugna para haya un acuerdo; en el evento que un grupo se niegue a pagar la compensación, en su retórica “los palabreros alegan que quien no sabe pagar no sabe cobrar y, por lo tanto, el grupo familiar desconoce los mecanismos tradicionales para la regulación y solución de conflictos, se coloca así fuera de las reglas de juego existentes en su sociedad, se expone a ser atropellado por otros más poderosos y a no recibir compensación económica cuando uno de sus miembros sea agredido” (Guerra: 2007 p 107). Además de que se le insinúa al infractor que por el hecho de no pagar la compensación, en cierta medida se apoya el acto malo cometido, perdiendo prestigio y respeto en la comunidad. Los mecanismos ancestrales pretenden mantener la cohesión social y la unidad, donde los infractores que no pagan la compensación se ven, en cierta medida, excluidos del conglomerado, debilitándose la identidad, la cultura, los valores que la constituye como etnia. Se podría decir que al no pagarse la compensación y subsistir la infracción, quien se reciente es la comunidad como un todo social.

Desde el punto de vista procedimental, cuando un grupo se siente ofendido por otro que ha atentado de alguna manera contra ellos, ya sea en su integridad física o moral, envía a un palabrero para que este transmita el mensaje de

¹² Guerra Cúvelo, Weidler, El Poblamiento de los territorios, Citando una comunicación personal con Manuel Peñaranda Epieyuu, Palabrero Wayuu de bastante prestigio Pág. 105

reparación que el grupo ofendido pretende y aquél mediante la retórica lleva a las partes a que lleguen a un buen arreglo y cese el problema entre ellos.

En este tipo de arreglos se pacta el pago en ganado; vacas, chivos, burros, mulas, caballos, o en objetos de valor como Collares, dinero en efectivo o bienes apreciables en dinero.

La compensación es el mecanismo tradicional por el cual los indígenas Wayuu dirimen sus diferencias con los demás, es y ha sido la manera como desde sus ancestros se han arreglado los problemas a la “manera Wayuu”, logrando equilibrio social, paz y una convivencia en armonía. Al llegar a un arreglo se reafirman los valores sociales.

1.3.3 El impacto social de la compensación

La compensación económica aparte de ser, el mecanismo ancestral de solucionar los conflictos, “surca el tejido social, reabre las relaciones que estaban rotas, interrumpidas”¹³. Todo esto se da con el fin de llegar a ser de nuevo amigos y que entre ellos exista una relación cordial.

Es preciso recordar que la compensación económica tiene un trasfondo que va más allá del valor material del objeto, es sobre el valor de las personas, el reconocimiento al prestigio y valor social de la persona ofendida, en el momento en que los ofendidos son compensados se les reconoce su valor y según el caso, su dolor.

¹³ Guerra Cúrvulo, Weidler. Entrevista personal

Uno de los interrogantes planteados en el transcurso de este trabajo, que desde el punto de vista occidental no es fácil asimilar, consiste en el efecto que dentro de la comunidad tiene este mecanismo tradicional, y si existe satisfacción interior con la compensación económica. Al entrevistar a la señora JOSEFA SIERRA, una mujer mayor, indígena Wayuu, quien por su edad ha visto pasar muchos conflictos y su grupo familiar se ha visto involucrado en algunos de ellos, al cuestionársele sobre la satisfacción interior del indígena cuando ha sido víctima de algún agravio y es compensado, nos respondió de una manera contundente: “Sí, si se le cumple, si queda satisfecho”¹⁴.

El indígena Wayuu en el transcurso de su vida siempre ha visto estas normas, ya sean las de conducta o las de solución de conflictos, “esta codificado mentalmente, cada Wayuu las esta viendo cuando nace y a medida que va creciendo”¹⁵, porque como ellos mismos lo afirman, y en palabras de uno de sus líderes: “esto no nos lo inventamos los Wayuu contemporáneos, de esto hay registros históricos, desde la época de la colonia, los primeros cronistas hacen referencia a este sistema nuestro de reparar las injusticias, que se ha mantenido hasta ahora, aun a espaldas del mismo gobierno”¹⁶.

Para este grupo étnico , la solución es el pago, ya que es así como siempre lo han conocido, es por ello que cuando se presentan situaciones que se consideran afrentas al grupo y la comunidad, en el sistema Wayuu existe una puja para que se de un arreglo, ya que es conocido por medio de la praxis que al existir enfrentamiento vienen consecuencias graves, afirmando que “cuando ha

¹⁴ Sierra Josefa, entrevista en campo

¹⁵ Cáceres David, entrevista en campo

¹⁶ Cáceres David, entrevista en campo

habido problemas por cualquier circunstancia, ya uno tiene la experiencia, uno sabe que el problema cuesta, para todos”¹⁷.

Este grupo étnico opta por una solución pacífica, y es tal el impacto que dentro de la comunidad tiene el pago como tradición, y el grado de satisfacción que se genera al ser compensada, que existen tres pagos hechos de forma anual, y de los tres pagos que se hacen, en el último se reafirma el acuerdo en una reunión entre las dos familias, donde se intercambian regalos, comparten comida y un trago, para ratificar el acuerdo, “los antiguos adversarios llevarán ganado, se regalarán mutuamente licor u otros elementos y consumirán juntos parte de esas comidas y bebidas de una manera cordial aunque moderada”. (Guerra: 2002 p 127)

Se puede considerar que cuando existe compensación se cumple con su finalidad, que es mantener la paz y el equilibrio social, quedando las partes sin problemas, permaneciendo así una relación amistosa.

1.3.4. La Dignidad Humana y la Compensación

El concepto que se tiene de Dignidad Humana en la sociedad occidental y en la sociedad Wayuu, aunque tiene un punto de encuentro, difiere en cierto sentido, lo que lleva a la necesidad de aclararlo, pues de allí su forma de ver el mundo Wayuu y su sistema de compensaciones. De ninguna manera se podría decir que esta cultura carezca de ella y/o que tenga una noción que desnaturalice el concepto.

¹⁷ Sierra Josefa, entrevista en campo

De manera general entendemos el concepto de dignidad humana como una expresión que “hace referencia al valor intrínseco de todo ser humano, independientemente de su raza, condición social o económica, edad, sexo ideas políticas o religiosas”¹⁸; y es por ello que debemos mirarla desde un punto de vista humano y de manera general, pudiendo afirmar que “La Dignidad no solo es un derecho, es la base de todos los derechos”¹⁹, porque está implícita en el ser humano en cuanto tal.

En particular, el concepto que existe en Colombia sobre la dignidad humana lo ha desarrollado la jurisprudencia y en especial la jurisprudencia constitucional, que la concibe como:

“La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es “un fin en sí misma”. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho.”²⁰;

Así mismo la Corte la entiende como base de los demás derechos y de un Estado Social de Derecho, cuando esta expresa que:

¹⁸ www.es.wikipedia.org/wiki/Dignidad_humana

¹⁹ Ibidem

²⁰ Colombia, Corte constitucional, sentencia T-556 de 1998,

*"...el concepto de **dignidad humana** no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas."²¹*

En la sociedad Wayuu de manera específica, el concepto de dignidad Humana tiene un punto de encuentro con el concepto general, en cuanto que el valor de la persona está allí, implícito en su propia existencia, en su persona, y el respeto propio del ser humano por el solo hecho de existir. Pero por tener esta etnia una manera particular de concebir el mundo, la percepción que de ella se tiene, varía.

En primer lugar es preciso aclarar que la dignidad humana no puede ser tomada como concepto abstracto y general, debido a que "contiene elementos subjetivos, que corresponden al convencimiento de que las condiciones particulares de vida permiten alcanzar la felicidad y de elementos objetivos, vinculados con las condiciones de vida que tiene la persona para obtenerla"²²; mas aún si se trata de una comunidad que tiene costumbres y valores diferentes.

La dignidad humana en la sociedad en estudio se toma en orden a "mantener la vida como tal, el orden natural de los sistemas y todo lo que tiene que ver con el orden natural de la vida y lo que en ella significa"²³, así como lo que en ella va contenida.

²¹ Ibidem

²² www.es.wikipedia.org/wiki/Dignidad_humana

²³ Cáceres David. Entrevista en campo.

En la sociedad Wayuu, la dignidad es colectiva, donde “cualquier conducta en contra de un individuo es cometida en contra de todo el grupo”²⁴, y el respeto propio de la persona se le da al grupo y por el grupo.

Nunca en la comunidad se menosprecia o subvalora a un individuo en cuanto a sus derechos, que están claramente delimitados, ni se instrumentaliza al individuo, ni se denigra en su persona, siendo el individuo y el colectivo el eje en el cual gira el sistema.

Con respecto al sistema de compensaciones, en el cual se entregan bienes por conductas que van en contra de las normas sociales, no se puede tomar como un cambio de mercancías, ni que el individuo o la comunidad tengan en venta sus derechos, careciendo de sentido la dignidad en ese contexto. Como antes ya ha sido aclarado que en el sistema de compensaciones el valor de las cosas entregadas adquiere un sentido diferente a la materialidad de ellas; que al entregar bienes como compensación a un daño, además de la utilidad que esos bienes presentan al ofendido; estos son un reconocimiento al valor social de las víctimas y un reconocimiento al prestigio social y al respeto que dentro de la comunidad tiene el grupo, el sistema de compensaciones se basa “en el derecho que tiene un individuo al reconocimiento de su integridad personal”; (Guerra: 2002 p 75) la diferencia radica en cuanto al “precio”, no en restarle valor a algún individuo; este varía debido a que “el individuo es visto como miembro de un grupo de parientes con una posición social determinada”; (Guerra: 2002 p 75) y es a ello a lo que se le hace un reconocimiento.

²⁴ Cáceres David. Entrevista en campo.

La dignidad en la sociedad Wayuu tiene la misma esencia que en la sociedad occidental, teniendo en cuenta que ésta tiene su fundamento en el principio de igualdad y es de este concepto que se deriva la necesidad de un trato mutuo equitativo, el respeto a la persona en cuanto a tal, así mismo a sus derechos personalísimos, donde ningún individuo puede alegar un rango para obtener o prevalecer privilegios inexistentes, o transgredir los derechos de los demás, sino que por el contrario, la dignidad y valor de cada individuo radica en la igualdad material de todos los miembros que componen la sociedad y es en ella, y por ella, que el sistema Wayuu encuentra sustento, en la persona, y en el colectivo, porque son ellos los fines que su sistema normativo pretende proteger, y sancionar en el caso de una eventual vulneración.

1.3.5. La institución del PALABRERO

El eje fundamental del sistema de resolución de conflictos en la sociedad Wayuu es El PALABRERO, debido a que este sistema carece de una autoridad común y/o de un tribunal que logre que el cumplimiento o la sanción por trasgresión de las normas se haga efectivo, es decir que sea coercible y, ya que el fin del conflicto en esta sociedad se da por un común arreglo entre las partes en disputa, es allí donde adquiere especial importancia esta figura que “simboliza todo el sistema de compensaciones”, (Guerra: 2002 p 127) convirtiéndose en una pieza de la cual no se puede prescindir en la configuración del sistema Wayuu.

El Palabrero tiene su origen en la mitología Wayuu y se remite al pájaro Utta, quien “aparece en distintas narraciones como un gran legislador a quien Ma`leiwa

encomendó la clasificación de los Wayuu en clanes y quien dictó las primeras prescripciones a su organización social. Por ello fue premiado con collares por el héroe cultural y se le concedió un aspecto majestuoso, además del don de la clarividencia y del buen humor. Utta es mencionado en el conjunto mítico Wayuu como el primer palabrero”. (Guerra: 2002 p 127) La sociedad Wayuu es una cultura en la que sus costumbres y sus instituciones se remiten a sus mitos y al tener también el Palabrero un origen de este tipo, adquiere una gran trascendencia, y de allí lo importante de su labor en la configuración del sistema, ya que “los arquetipos mencionados funcionan como referentes mitológicos que limitan los desbordamientos de los Palabrereros y previenen la distorsión del sistema normativo Wayuu”. (Guerra: 2002 p 133)

Weidler Guerra define esta figura como un INTERMEDIARIO “en la medida en que solo lleva las palabras y peticiones de la parte ofendida hasta los agresores y aclara, antes de exponerlas que no se apartará de lo que le fue encargado transmitir”. (Guerra: 2007 p 133) El palabrero sirve como comunicación entre las partes en conflicto, pero son ellas las que llegan a un acuerdo. Éste por medio de la retórica y llevando los recados de una parte y de la otra, convenciéndolos a ambos de que llegar a un arreglo es lo mejor, así mismo afirma Guerra que el palabrero “promueve la figura del hombre Wayuu pacífico, cumplidor de las normas de convivencia, que tiene en sus manos la vida y el futuro de sus mujeres, jóvenes y niños de su familia, en contraste con las del guerrero insensible inclinado siempre a la venganza” (Guerra: 2002 p 160). Es el Palabrero el encargado de llevar a las partes a que diriman sus diferencias, utilizando en sus argumentos “un arsenal de recursos retóricos que comúnmente incluyen la

analogía de las disputas humanas con la vida de otros seres de la naturaleza; la cita de antecedentes sociales; la mención de normas sociales como el encomio a la vida, la libertad, la paz; y la invitación a la riqueza” (Guerra: 2002 p 153) y demás argumentos para llevar las partes a un arreglo amistoso y que tengan una vida en armonía. A manera de ejemplo, en el caso de un homicidio, cuando un grupo esta renuente a pagar por el daño causado por uno de sus miembros, el palabrero usa argumentos como: “si tu no pagas estas apoyando la bandidés de tu sobrino, y tu sabes que eso entre nosotros esta mal visto”²⁵, lo que lleva implícito que el nivel social de esa persona baja, porque no esta cumpliendo con las normas establecidas en la comunidad.

El Palabrero Wayuu debe tener unos valores morales y sociales importantes, debe ser “una persona seria, de respeto, de prestigio, reconocimiento y consideración en la región”²⁶, y de acuerdo a su comportamiento este aumenta o disminuye su posición social y el reconocimiento que como palabrero se le dé.

El prestigio del Palabrero en la labor que desempeña depende del éxito conseguido en las disputas anteriores que hayan estado a su cargo y se puede afirmar que “el beneficio mas importante que recibe por una disputa conciliada es el aumento de su prestigio. Su fama entonces se extenderá por todo el territorio guajiro y a su casa llegaran muchas personas solicitando su intervención en otras querellas. De cada caso conciliado quedaran nuevas relaciones sociales o reafirmará las antiguas”; (Guerra: 2002 p 141) también es importante anotar que el prestigio lo puede obtener un palabrero si este “ha estado envuelto en alguna

²⁵ Henríquez Jorge, palabrero Wayuu, entrevista en campo

²⁶ Henríquez Jorge, palabrero Wayuu, entrevista en campo

disputa y el problema haya sido solucionado, es un palabrero que se considera como buen palabrero porque conoce lo que es estar en un problema y por ello puede ayudar a solucionar otros problemas”²⁷, esto sirve también para ilustrar una de las maneras como ellos obtienen el prestigio y la fama.

El Palabrero se va formando de una manera consuetudinaria, por el interés que en ello demuestran desde jóvenes, “la palabra se aprende escuchando a los mayores, a los palabrerros, a las personas que saben hablar e interpretar un mensaje. Este se lleva en la mente y en el corazón para luego transmitirlo a las futuras generaciones, que de esta manera conservan nuestras costumbres y mantienen el poder de la palabra”²⁸, se va formando con el paso del tiempo, con el consejo y ejemplo de sus mayores, de los palabrerros reconocidos y depende también de la habilidad que demuestran en el oficio. El sistema Wayuu depende fundamentalmente de esta institución, así como ésta existe por el sistema, en una relación de correspondencia.

En la actualidad la comunidad Wayuu se encuentra en un plan de salvaguarda de sus símbolos patrimoniales, con la resolución No 1471 del Ministerio de Cultura se reconoció la institución del palabrero como “Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional”²⁹, y tiene como finalidad “proteger principalmente al sistema normativo del que los palabrerros hacen parte”³⁰, con lo cual el gobierno nacional ratifica la legitimidad, el valor cultural que tienen estos y el sistema como tal.

²⁷ Guerra Cúrvulo, Weildler, Entrevista personal

²⁸ Citando a Isidro Epinayuu Palabrero Wayuu, Guerra Cúrvulo, Weildler, La Disputa y la Palabra: La ley en la Sociedad Wayuu Pág. 136

²⁹ Guerra Cúrvulo, Weildler. Revista Ranchería Diciembre de 2008, Fondo mixto de cultura de la Guajira, Pág. 12

³⁰ Ibidem, Pág. 12

1.4. La palabra y la tradición oral como norma de conducta y como sistema de Derecho

A todas luces se puede ver que las sociedades tribales, y la sociedad Wayuu como ejemplo de ellas, tienen normas a las que los individuos que hacen parte de ellas deben ajustarse y de hecho lo hacen; pero aquí la intención es plantear que la sociedad Wayuu cuenta con las condiciones de autorregularse como lo ha venido haciendo y que, esa manera es digna de total respeto por parte de las autoridades colombianas: esta organizada por sus leyes y costumbres como una jurisdicción autónoma, porque constituye todo un sistema jurídico con sus propias particularidades.

Hasta el momento los teóricos del derecho no se han puesto de acuerdo sobre el concepto preciso del Derecho, y tampoco del contenido esencial que éste debe tener, por ello encontramos corrientes que buscan definirlo y grandes discusiones con posturas diversas. Debemos dejar claro que la Wayuu es una sociedad tribal, por ello el concepto de Derecho que encaja en este tipo de sociedades de ninguna manera puede ser un “Concepto de Derecho Nominalista”.

Para los Wayuu, las relaciones no están reguladas mediante normas escritas, de ninguna manera existen normas positivas o derecho positivo, sino que, por el contrario, su “derecho” se ha construido a través de la historia, sin requerir compendios o códigos escritos o promulgados por un ente superior.

En este orden de ideas, el derecho, para ser considerado como tal, no requiere estar escrito, y mucho menos requiere que sea pronunciado por una autoridad, ni que dicha autoridad la haga cumplir empleando la fuerza, ni que es un mandato “por respeto a la autoridad” (Hart: 1998 p 26) sino que este se va construyendo por procesos sociales y desde este punto de vista tiene mas valor y respeto por parte de sus destinatarios, ya que debe su origen a los valores de la sociedad.

El concepto de derecho trasciende más allá de la autoridad que la haga cumplir, de lo que se ha considerado como elemento de la norma jurídica “la COERCIBILIDAD”. Enmanuel Kant, en su momento afirmó que “El derecho está asociado a la facultad de ejercer coacción”³¹ No obstante lo anterior, Arthur Kaufmann, figura insigne de la filosofía jurídica moderna y del derecho penal alemán, con más de 400 publicaciones y traducido a más de 20 idiomas, expresa que “quien ve en la coacción un elemento de la esencia del derecho le niega la facultad de fundamentar obligaciones y no esta en capacidad de distinguir, por medio de un rasgo material, el derecho de la mera fuerza”. (Kaufmann: 1977 p 285)

En este sentido, en la sociedad Wayuu no es que no exista coercibilidad, sino que no se hace exigible por el uso de la fuerza en sentido estricto, o porque una autoridad ejerza una coacción para ello, simplemente existe todo un procedimiento donde toda el sistema pugna para que las normas se cumplan o que la sanción se lleve a cabo.

³¹ Citando a Kant, Kaufmann Arthur, Filosofía del Derecho.

Las normas en las sociedades tribales tienen fuentes diferentes a las normas de la sociedad occidental, estas tienen origen mítico, se crean por medio de los usos y costumbres, por procesos sociales que “por experiencia práctica impone a todo aquel que es capaz de pensar, el conocimiento de cuán numerosas son las acciones inconciliables con los intereses de nuestra vida jurídica”, (Kaufmann: 1977 p 7) y de ese conocimiento se derivan las nociones de justicia, rectitud, de convivencia etc.; para Kaufmann “la base para la formulación de toda norma lo constituye el conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas de comportamiento humano con relación a las necesidades del orden jurídico” (Kaufmann: 1977 p 16) (La frase orden jurídico es preferible tomarla como orden social).

Los conceptos que desde el punto de vista occidental existen de ley y/o norma jurídica, se deben tomar aquí desde una concepción antropológico-jurídica, por el tipo de sociedad en la que se da. Se podría partir de la base que: “toda proposición jurídica es una norma de conducta humana”³², (Kaufmann: 1977 p 143) encajando este concepto con las normas de las sociedades tribales, que claramente esto es lo que tratan de regular, y esta norma se deriva de valores que existen en la sociedad, que con el fin de protegerlos nace; Norberto Bobbio manifiesta que son “proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de estos hacia ciertos objetivos antes que a otros”. (Bobbio: 1993 p 17)

³² Citando a Félix Kaufmann, Kaufmann Armin, Teoría de las Normas.

Partiendo de esta base es factible afirmar que la tradición oral, las normas de comportamiento y los mecanismos de solución de conflictos en la sociedad Wayuu son normas jurídicas, que se encuentran al margen de una positivización pero que ello no lo excluye como norma jurídica; o como lo define Arthur Kaufmann (1999 p 202) “conceptos impropios”, definiéndolos como: “conceptos que provienen de la realidad; precisamente porque ellos son tomados de la realidad y no son producidos a partir del derecho mismo”, (Kaufmann: 1999 p 202) también llamados “conceptos jurídicos empíricos”. (Kaufmann: 1999 p 204)

Las normas Wayuu son jurídicas y se les puede considerar Derecho, primero porque tienen la estructura básica que estas requieren; un supuesto de hecho que describe la situación a regular, o el comportamiento a seguir, es decir, *el deber ser* y una consecuencia jurídica que sería el resultado que se obtiene con el actuar no conforme a la norma; apoyado esto en el concepto de Arthur Kaufmann acerca de una *norma jurídica completa*, cuando afirma, que “está compuesta de supuesto de hecho, consecuencia jurídica y subsunción de la consecuencia jurídica bajo el supuesto de hecho”. (Kaufmann: 1999 p 206)

Además la norma Wayuu encaja perfectamente con los criterios de valoración que la teoría del derecho hace de las normas jurídicas: *Justicia, Validez y Eficacia*. Norberto Bobbio, autoridad reconocida en filosofía política y a la teoría del Derecho, hace las siguientes precisiones respecto de estos conceptos: la norma está basada en la Justicia, si ésta “es apta para realizar los valores históricos que inspiran el ordenamiento jurídico”; (Bobbio: 1993 p 34) La Validez como “existencia de esa norma como jurídica”, (Bobbio: 1993 p 34) y Eficacia

como “si la norma es o no cumplida por las personas a quien se dirige”; (Bobbio: 1993 p 35) y llevándolo al ordenamiento Wayuu es Justa porque ellas desarrollan las costumbres de el grupo tanto en la manera de comportarse, como en el caso de una eventual agresión; es válida porque desde el punto de vista que ha sido tomada la norma jurídica, como norma de comportamiento, es constatable su existencia en la comunidad; y eficaz ya que es cumplida de manera general por los miembros de la colectividad, y existe una consecuencia por su eventual trasgresión.

El sistema normativo Wayuu es un derecho no legislado, originado de costumbres y valores provenientes de sus antepasados, y de allí deriva también su particular forma de ver el mundo, por lo que puede considerarse un derecho consuetudinario, que Arthur Kaufmann define como: “un derecho positivo. Su positividad no se funda, sin embargo, en un acto de creación jurídica estatal sino en la práctica continua y reiterada en el tiempo de una regla, unida a la voluntad de la comunidad para otorgarle validez jurídica”. (Kaufmann: 1999 p 210)

Estos usos y costumbres se han aplicado, se aplican y se seguirán aplicando en la Guajira, por lo cual no se ajusta la tesis de H.L.A Hart, teórico del Derecho de origen ingles, cuando sostiene que “la costumbre, cuando es derecho, debe su *status* jurídico a la orden tácita del soberano”, (Hart: 1998 p 59) o la tesis que “donde existe derecho tiene que haber alguna persona o personas soberanas cuyas ordenes generales, expresas o tácitas, y solo ellas, son derecho”, (Hart: 1998 p 60) lo cual es inconcebible, porque existen sistemas que no están compuestos por esos ordenes, que están en la capacidad y por siglos lo han

hecho, de autorregularse y autodeterminarse, sin la necesidad de reconocimiento de una autoridad estatal, aun a espaldas y/o sin importar el criterio del Estado, tal es el caso de los indígenas Wayuu en la península de la Guajira.

El sistema Wayuu también constituye derecho, porque contiene elementos esenciales para serlo, se da en una "*sociedad* como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el *orden*, como fin al cual tiende el derecho, y la *organización*, como medio para realizar el orden", (Bobbio: 1993 p 20) ajustándose de forma clara a la sociedad Wayuu.

Por ser el sistema normativo Wayuu un sistema jurídico, digno de respeto, un sistema propio de su gente, al cual ellos se ajustan y solo a él, debido a que su particular forma de ver el mundo a este sistema es el que reconoce, y por eso lo reconoce. Por más que la sociedad occidental no comparta la forma de actuar de los Wayuu debe comprender que existen diferentes maneras de concebir el mundo, y que unas a otras se deben de manera mutua tolerancia.

2. EL DERECHO PENAL FRENTE AL INDIGENA WAYUU

2.1 Aspectos generales

En los conflictos cotidianos que se dan dentro de la etnia Wayuu, los cuales tienen una forma específica y legítima para resolverlos, la justicia colombiana ha venido interviniendo, judicializando y encarcelando a los indígenas, sin que dicha intervención tenga una razón válida, pues ésta comunidad es antropológica y culturalmente diferente, y tiene una protección constitucional frente al contexto de leyes colombianas por su forma particular de ver el mundo, que los excluiría de la intervención del ordenamiento jurídico penal.

En primer lugar los indígenas, y así el indígena Wayuu, no reconocen el ordenamiento, las leyes y las autoridades nacionales por una razón: “las instituciones políticas, sociales y religiosas de los pueblos indígenas son anteriores al surgimiento de los Estados Nacionales en el siglo XIX, como el colombiano” (Guerra: 2009 p 108), que tiene existencia, al menos formal desde el año de 1819, y de los indígenas Wayuu, se tiene conocimiento que están en la Guajira alrededor del año 1200, y también se tiene referencia de ellos en la época de la Conquista y de la Colonia, con sus leyes y tradiciones.

Además de la falta de reconocimiento del Estado como estructura de poder, al indígena Wayuu le falta conocimiento de la ley penal en concreto, David Cáceres líder de la comunidad, al hablar respecto del tema y respondiendo a cuestionamientos sobre cuál es la noción que un individuo común de la etnia

tiene sobre las normas y en particular las penales nos respondió “un indígena común, no las conoce”³³.

Por otra parte, en el sistema normativo Wayuu puntualmente, es oportuno aclarar que la infracción normativa está construida sobre un sistema de responsabilidad eminentemente objetiva, entre otras, “la intencionalidad no es relevante. Cuando hay una conexión directa entre un actor social y la circunstancia de generación de un daño, automáticamente se atribuye la responsabilidad, cualquiera que sea la `causa eficiente` que directa o indirectamente ha determinado la situación generadora del daño”;(Guerra: 2002 p 25) lo que técnicamente no se compadece con las estructuras de lo que nosotros conocemos como *delito*, que tiene como característica y presupuesto la culpabilidad. Siendo la responsabilidad objetiva, la justicia en esta sociedad es eminentemente *restitutiva*, luego el sistema no atiende la intencionalidad del sujeto, ni el principio de culpabilidad limita la responsabilidad.

Como el sistema de responsabilidad no se basa en el propósito que tenga el individuo de contravenir las normas, sino en el resultado lesivo, el sujeto no es estigmatizado, no se le señala y mucho menos se criminaliza a la persona, “el sistema se concentra además en la oportunidad de encontrar una compensación al daño, sin subrayar demasiado la `responsabilidad` del sujeto en términos de `gradación de intenciones o mala voluntad...” (Guerra: 2002 0 26)

³³Cáceres David. Entrevista en campo.

El sistema Wayuu es totalmente contrario al sistema jurídico colombiano, no solo porque existe antes que él, sino por las particularidades que en él se presentan, por ello para los indígenas carece de fundamento y de legitimidad.

A pesar de que los indígenas gozan de fuero frente al ordenamiento colombiano y la directriz constitucional es clara; es imperioso plantear desde el plano legal por qué el ordenamiento jurídico penal no les es aplicable, lo que (como se verá en el siguiente capítulo) fundamenta aun más la norma superior.

2.2 Fundamentos del Derecho Penal

La justicia penal existe desde tiempos remotos, probablemente desde la época primitiva y, aunque tiene connotaciones diferentes en cada época, es una respuesta violenta aunque legítima a determinadas acciones.

En la teoría se ha tratado de justificar la razón del derecho penal y acomodar esa respuesta violenta a un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho como el Colombiano. Aunque aquí no vamos a entrar en esas discusiones, acogeremos entonces la teoría de Luigi Ferrajoli, que afirma que “el problema de legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en la cuestión misma de la legitimidad del Estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar... la manifestación mas violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano...”. (Ferrajoli: 2001 p 210)

Luigi Ferrajoli, tratadista y catedrático de Teoría General del Derecho , en su obra *Derecho y Razón* responde a este interrogante cuando habla de un derecho

penal como técnica de tutela de derechos fundamentales, al expresar que el derecho penal trata de “impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más general, con la minimización de la violencia en la sociedad. Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo...y la fuerza en ambos casos es arbitraria e incontrolada. El derecho penal trata de minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de las fuerzas manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales.” (p 335) la respuesta no deja de ser violenta, solo que esa violencia para contrarrestar la violencia del delito, esta legitimada por la figura de Estado, y la obediencia que sus asociados le deben.

Esa violencia legítima del derecho penal se ha fundamentado desde el punto de vista subjetivo como “la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la cual este, revestido de su poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la vida comunitaria y les impone penas y/o medidas de seguridad a título de consecuencia jurídica”, (Velásquez: 1995 p 28) un respuesta para conductas que atenten la vida pacifica en comunidad, en razón a dicha convivencia.

Esa respuesta violenta no es mas que *la pena* (aunque adelante se tratará este tema de un manera especifica), que es a fin de cuentas la manera de sanción que imponen las normas penales y con esta se le “atribuye al *significado*

directivo de regulación social a la norma jurídico penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos". (Mir Puig: 1982 p 42)

En la sociedad Wayuu este derecho no tiene una razón de ser, independientemente que no sea considerado legítimo, por las razones anteriormente expuestas (una manera diferente de ver el mundo, costumbres y normas diferentes y una existencia anterior al mismo estado), que deberían ser suficientes para fundamentar este tema; el derecho penal no encuentra asidero en la comunidad Wayuu porque aquí para contrarrestar la contravención de una norma existe una respuesta *NO VIOLENTA*, existe un mecanismo alternativo de solución de conflictos, donde se llega a un consenso para reestablecer relaciones y *valorar*, el daño causado, tanto objetiva como subjetivamente (tema tratado el aparte de la compensación), donde se reafirman valores y, sin necesidad de una autoridad, el mismo sistema logra que se llegue a un equilibrio social donde la pena es totalmente innecesaria.

Con este arreglo entre las partes, la intervención del Estado y la imposición de una pena no es imperiosa, ya que los mecanismos tradicionales-ancestrales funcionan y están vigentes, llegando a un equilibrio social que conlleva a la convivencia pacífica de la comunidad.

En materia penal no es necesaria la intervención estatal, en primer lugar en razón a que las relaciones y conflictos que aquí se presentan no están bajo su dirección, porque no es conocido, acogido y mucho menos interiorizado, siendo

las directivas normativas otras (aunque protejan lo mismo) y su origen es diferente; en segundo lugar, porque la contravención a las normas tienen connotaciones diferentes al delito, ya que no es tomado de la misma manera como en la sociedad occidental, siendo la responsabilidad ya antes mencionada *objetiva*, y es de allí de donde se deriva la manera de regularlos y, tercero; en cuanto a los sujetos, a su fuero, que deriva de sus condiciones especiales de vida, sus costumbres y su determinada cosmovisión del mundo, lo que debe primar ante todo.

Las leyes penales no son aplicables a los indígenas, ya que las normas jurídicas encuentran su génesis en que “la creación del derecho positivo es el *reconocimiento por parte del Estado de las normas culturales*”, (Velásquez: 1995 p 89) que en este caso particular son dichas normas culturales las que son normas de conducta y están vigentes para ellos, por esto deben ser juzgados por sus autoridades, quienes conocen y manejan el derecho aplicable, es en razón de esto que, sea desde el ámbito objetivo o subjetivo, las demás leyes no encuentran sustento, y mucho menos la pena como consecuencia de una conducta lesiva.

2.3 Principios Rectores del Derecho Penal

El derecho penal moderno se rige por ciertos principios que lo orientan y lo dotan de coherencia como sistema. Entre estos se hallan el principio de *legalidad*, *principio de acto*, *prohibición de retroactividad*, *de igualdad ante la ley*, *de culpabilidad*, *de cosa juzgada o non bis in idem*, *principio de intervención mínima* o *ultima ratio* entre otros. Para efectos de los planteamientos hechos en este

trabajo, que es básicamente que el derecho penal no es aplicable a la cultura Wayuu y el Estado no debe intervenir en los asuntos propios de su comunidad, tomamos los dos últimos principios, pues con la judicialización de un indígena de esta etnia se violan de una manera abierta dichos postulados estructurales.

2.3.1 Principio de intervención mínima o *Ultima Ratio*

Este principio también es conocido como principio de subsidiariedad, por el carácter que tiene frente a las demás ramas del derecho, siendo la sanción de esta de mayor grado la que entraría a actuar en defecto, solo y exclusivamente cuando no haya otro derecho que regule la situación, “solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso al que ha de acudir el estado habida cuenta de la especial gravedad que revisten las sanciones penales”. (Velásquez: 1995 p31)

Y es por la naturaleza de las sanciones que éste debe ser la ultima alternativa de derecho a aplicar, ya que el derecho penal “posibilita las mas duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solo se puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente”. (Roxin: 1997 p 65)

El principio de *ultima ratio*, es decir, el derecho penal aplicado solo como ultima razón, como ultima medida, pues dicho principio “establece que si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios menos lesivos que los

del **Derecho Penal**, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual efectividad, sea menos grave y contundente.”³⁴.

Frente al indígena Wayuu en específico, y frente a toda la comunidad, cuando uno de sus miembros o familias se encuentran en un conflicto intraétnico, no existe necesidad de la intervención penal, porque existe un mecanismo tradicional-ancestral para que cuando haya contravenciones a las normas sociales, independientemente del bien o interés que se haya vulnerado, sea llevado por sus autoridades y bajo sus propias costumbres, donde en la gran mayoría de los casos, por no decir en todos, llegan a un feliz término, donde se alcanza la justicia y la equidad; estando las partes de acuerdo y con plena satisfacción del resultado.

Y es que en razón a este principio orientador del derecho penal no se debería aplicar a los Wayuu, pues éstos ya cuentan con un medio *no lesivo* de control social y el derecho penal al ser aplicado iría en contra de uno de sus principios rectores.

La intervención penal es percibida como inocua en este sistema, pues, primero, no considera esa respuesta como necesaria para la vida en comunidad; segundo, al llegar a presentarse, no lo considera legítimo; y tercero, así haya sanción penal (como lo veremos más adelante), el problema debe ser resuelto a la manera Wayuu.

³⁴ <http://es.wikipedia.org>

Además del derecho penal en cuanto a sistema de derecho, la sanción penal de la pena de prisión, en aras del principio de intervención mínima, tiene un carácter también subsidiario, pues “la lógica penal establece que existe una vinculación entre la gravedad de la pena y su grado de subsidiariedad. Así, inspirándose también en el **principio de necesidad**, se establece que la pena más grave será subsidiaria, es decir, sólo podrá darse en casos en los que la alternativa menos grave no baste”³⁵, que mas que en el sistema normativo Wayuu, en su sistema de vida no encuentra sustento, por lo que no se debe imponer.

Un Estado Social y Democrático de Derecho, se considera como un Estado *Garantista*, en el cual el individuo es el objeto de protección del Estado, en la Constitución Política se protegen derechos a las comunidades indígenas, por las particularidades y formas de vida que ellas tienen. Hay que poner de presente que “ninguna forma de constricción física o de otra índole puede ser utilizada mas que en los casos permitidos por el orden jurídico”. (Velásquez: 1995 p 89)

Es aquí donde llama la atención, si la jurisdicción indígena debe ser respetada al tenor del orden constitucional y en la jurisdicción Wayuu no existe este tipo de respuesta, de más esta aplicarlo; porque no existe la necesidad y transgrede todo orden jurídico de los Wayuu, que tienen una manera propia de resolver los conflictos, sin la necesidad del derecho penal, luego se necesita la intervención del Estado solo y en pro de respetar y defender estas formas.

³⁵ Ibidem

El derecho penal como *ultima ratio* busca que con las conductas que vayan en contra de las normas, sólo se acuda a este cuando sea absolutamente imperioso, que no es el caso de los indígenas Wayuu; mas allá de la protección constitucional a su jurisdicción, y a su fuero y de los postulados el Estado Social y Democrático de Derecho, en el plano legal, este derecho carece de sentido en su aplicación.

2.3.2 El principio de *non bis in ídem*

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta la comunidad Wayuu cuando el Estado y/o la administración de justicia interviene dentro de sus conflictos intraétnicos, es el doble juzgamiento o la doble sanción que se le impone al indígena por su conducta. Esta una de las principales preocupaciones de sus líderes en pro de la defensa de su cultura.

El *non bis in ídem*, o el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, es mas que un principio, es un derecho de las personas; debido a que por un mismo acto cometido por un individuo no se le debe imponer una doble sanción, que sería contrario a todo orden lógico.

Como principio el *non bis in ídem* tiene sustento en la carta política, y es considerado como “una garantía jurídico penal de rango constitucional que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho”, (Bernal y Montealegre: 2004 p 388) y es una de las mas fuertes protecciones al ciudadano, frente a la administración de justicia.

El derecho a no ser juzgado dos veces por lo mismo, tiene diferentes formas; ya sea como doble incriminación, es decir, por un mismo hecho y resultado se imputen dos delitos diferentes; ya sea como doble juzgamiento, cuando después de ser procesado y absuelto sea otra vez sometido a un proceso penal, o cuando se imponga una doble sanción por un mismo hecho.

El término usado aquí es tomado en el sentido amplio del concepto, no como un sometimiento doble a juicio, sino como la doble sanción que al indígena Wayuu se le impone, la existencia de un castigo en el derecho colombiano y la solución intraétnica del conflicto que no deja de ser una consecuencia por sus actos.

Cuando el Derecho Colombiano mediante la acción penal interfiere en un conflicto dentro de la comunidad Wayuu, se viola flagrantemente este principio, ya que esa conducta cometida tiene una doble sanción, en el sentido que como este derecho no es reconocido y mucho menos la sanción que en el esta implícita, de todas maneras dentro de la comunidad el problema debe ser resuelto al tenor de sus formas y costumbres.

Para aclarar este punto, David Cáceres³⁶ miembro y líder de la comunidad, enuncia a manera de ejemplo, y para demostrar el planteamiento aquí formulado, lo siguiente: “si un individuo comete un crimen y lo meten preso, y lo condenan a 40 años, le pagó al Estado la falta; pero cuando esa persona sale de la cárcel va a encontrarse desde hace 40 años con el mismo problema, porque no lo saldó a la manera Wayuu”.

³⁶ Cáceres David, Entrevista en campo

A lo largo de este trabajo se ha esbozado a todas luces que el único Derecho que esta etnia reconoce es el Derecho ancestral, las normas Wayuu, y es por esto que independientemente de la sanción jurídica que el derecho colombiano le de al individuo, esta no lo exime de la sanción que en la comunidad se le impone, que es la *Compensación*, y el procedimiento según las formas Wayuu; no estando esto lejos de la realidad; de acuerdo a lo expresado por Guerra Cúvelo “se han presentado casos en los que la conducta de un indígena ha sido castigada por la legislación nacional Colombiana o Venezolana y al mismo tiempo éste y sus familiares han debido compensar dentro de los mecanismos tradicionales Wayuu a los parientes del afectado”³⁷ (Guerra: 2007 p 108)

El principio de no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, les es quebrantado a los indígenas Wayuu con un juzgamiento penal según el ordenamiento colombiano, por la doble sanción impuesta, por el doble procedimiento al que este es sometido.

El derecho que prima es el de la cultura y es en razón de ello que “un indígena Wayuu primeramente acude ante un palabrero en vez de ir a un juzgado”³⁸, y si esto es así, ¿cual es la razón para sancionarlo de otra manera? ¿Por qué imponerle una sanción por fuera de las sanciones intraculturales?, si está claro que el asunto dentro de la comunidad ya esta resuelto, o mejor, que es absolutamente necesario que se resuelva por esa vía y no por otra, de ser así se

³⁷ Guerra Cúvelo, Weidler, El Poblamiento de los territorios, Citando una comunicación personal con el Dr. Ricardo Colmenares, Juez de la republica de Venezuela y Director del departamento de antropología jurídica de la Universidad del Zulia, Pág. 108

³⁸ Cáceres David, Entrevista en campo

le impone un doble castigo y se le viola al indígena Wayuu el derecho constitucional a no ser juzgado y/o sancionado dos veces por el mismo hecho.

2.4 Los fines de la pena frente a la comunidad Wayuu

2.4.1 Aspectos generales

En primera medida debemos dejar claro el concepto que estos indígenas tienen sobre el ordenamiento jurídico y sobre la pena de prisión, que es impuesta como sanción en la sociedad occidental y que no existe dentro de su sistema normativo. Los indígenas Wayuu además de considerar ilegítimo este derecho, tienen una percepción totalmente distinta de él, pues “observan el sistema judicial Colombiano y Venezolano con desconfianza debido a lo dilatado e incierto de los procesos jurídicos; su sistema de castigos no garantiza que se de una paz efectiva entre los grupos familiares enfrentados, ni reestablece la dignidad de la parte ofendida”, (Guerra: 2002 p 203) y además consideran la prisión como “un lugar donde les dan comida y dormida gratis”³⁹, y es en parte basado en esto que carecen de legitimidad estas leyes y su sanción.

La pena como reacción ante una agresión a la comunidad por el delito, necesita una justificación y es por esto que ella obedece a lo que se ha denominado: Fines y funciones de la pena, frente a lo cual el Código Penal colombiano en su artículo cuarto (4º) señala que: “La pena cumplirá las funciones de prevención general positiva, retribución justa, prevención especial positiva, reinserción social...”, pero al ser aplicada a un indígena Wayuu estas no se cumplen.

³⁹ Guerra Cúvelo, Weidler, Entrevista personal.

Sobre estas funciones de la pena, como justificación y a la vez límite al *ius puniendi* se ha considerado que: “*el sentido* de la pena es la retribución y su fin es la prevención general y especial”. (Velásquez: 1995 p 100)

La pena de prisión en el indígena Wayuu no cumple ningún cometido, porque para ellos tal pena no sería considerada como el castigo que la persona que ha cometido una infracción en realidad merece.

2.4.2 La prevención general positiva

La función de la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho no puede atender a criterios represivos, ni intimidatorios que instrumentalicen al ciudadano, atentando así contra la esencia misma de este modelo de Estado, el cual es acogido por la Constitución Colombiana, afectando también principios como el de la dignidad y demás derechos inherentes a todo ser humano; por el contrario, esta debe tener como fin por una parte, la prevención de conductas que la norma considera delictivas, porque atentan contra bienes jurídicos en su esfera esencial.

La teoría de la prevención general positiva considera que “el fin del derecho penal radica, en primer lugar en la internalización y fortalecimiento de los valores plasmados en las normas jurídico-penales, en la conciencia de los ciudadanos”, (Alcácer: 2002 p 52) pues desde una concepción teleológica “la misión del derecho penal es la protección de valores ético-sociales elementales de la actitud jurídica...”, (Alcácer: 2002 p 52) crear en la conciencia jurídica de los ciudadanos

el respeto a la norma, y que con ello no lleguen a realizar las conductas por ella descritas.

Los valores a que hace referencia esta teoría no son valores en abstracto, ni lo son para una parte de la sociedad, estos son “el conjunto de valores presentes en una comunidad independientemente del contenido y de la corrección de los mismos, ya que ellos plasmaran la identidad de la comunidad ética”; (Alcácer: 2002 p 60) dichos valores trascienden la esfera personal de los ciudadanos y se vuelven generales, siendo estos “valores esenciales compartidos, de los cuales surgen unos supervalores, que operaran como requisitos mínimos de supervivencia en comunidad y por ello, como pautas básicas de la convivencia dentro de la misma”, (Alcácer: 2002 p 62) para que la vida en sociedad se mantenga por el respeto a una conciencia colectiva orientada por ciertos valores como común denominador.

Para que la protección de la norma sea real, esta debe tener como contenido “valores, creencias y afectos que aglutinan la identidad de la comunidad, la cual es aprehendida como un todo orgánico independiente y previo a los individuos que la conforman”⁴⁰, existiendo una conciencia colectiva de ellos.

La norma penal no es otra cosa que valores comunes a la sociedad que se plasman en ella, para establecer reglas de conducta que regulen la vida pacífica en comunidad y, con su eventual violación, al imponer la pena se esta reafirmando dichos valores, sancionando a quien la transgreda.

⁴⁰ Citando a Durkheim, Alcácer Guirao, Rafael, Los fines del derecho penal, Pág. 78

La pena previene estas conductas, porque al imponerla, en ella va inmerso “un reproche moral y vindicativo, orientada al fin ultimo de autoafirmación de los valores de la comunidad”; (Alcácer: 2002 p 84) es decir, con ella los valores de la sociedad son ratificados, y se logra que la conducta de los individuos se ajusten a “un deber de lealtad y fidelidad a la misma”, (Alcácer: 2002 p 84) teniendo así un sentido directivo para el comportamiento de los asociados.

Como la norma contiene valores comunes a la colectividad, la prevención general positiva busca “la `internalización` de las normas que permite que estas operen mediante su *aceptación* por parte de su destinatario”, (Mir Puig: 1982 p 44) y de acuerdo a la norma el individuo adecúe su comportamiento.

La pena debe cumplir una función de prevención general positiva, y por cuanto Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho que tiene una “orientación hacia la democracia real”, (Mir Puig: 1982 p 22) que busca “crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo”, (Mir Puig: 1982 p 22) y al aplicársele a un indígena Wayuu lejos está de cumplir esta función, o fin si se quiere.

No es la intención en este escrito tratar de afirmar en ningún momento que esta teoría carezca de validez frente a la función o fin que la pena deba cumplir en un Estado Social y Democrático de Derecho, aunque existen discusiones dogmáticas al respecto; sino que cuando un indígena de la comunidad Wayuu es judicializado y castigado por una conducta cometida al seno de su comunidad, la

pena de prisión, basada en la prevención general positiva, como función que tiene no se cumple.

En un Estado Social y Democrático de Derecho el derecho penal debe ser a su vez democrático, y “la fuerza de convicción de un derecho penal democrático se basa en el hecho que *solo* usa la intimidación de la pena en la medida que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías”, (Mir Puig: 1982 p 31)y la comunidad Wayuu entra dentro de esas minorías.

El sistema de valores de la sociedad Wayuu y las convicciones jurídicas que sus miembros tienen, distan de las convicciones que la sociedad occidental y en general del ordenamiento jurídico colombiano que las plasma, por una forma particular que tienen éstos de concebir el mundo.

La pena, con la prevención general positiva como función, no reafirma valores en la sociedad Wayuu, puesto que los valores son diferentes y no depende del conocimiento de la norma que ellos tengan en sentido estricto, sino que los valores que ellas contienen no están dentro del sistema que esta comunidad posee, es decir, el sistema Wayuu y el sistema occidental, o el sistema colombiano, no gozan de una relación de identidad por cuanto los indígenas tienen una visión del mundo disímil a la de occidente; que hace que los dos sistemas difieran desde su base, y es en razón a esa cosmovisión que tales sistemas poseen normas y sanciones con connotaciones distintas que carecen

de correlación, sin ser los valores compartidos, y mucho menos al imponer una pena de prisión se lleguen a reafirmar o a ratificar.

La compensación al contrario si cumple con esa prevención general positiva, porque como mecanismo tradicional-ancestral surge de ese sistema de valores, que históricamente tiene la sociedad Wayuu, al hacer uso de este mecanismo los valores son ratificados, debido a que “la observancia de las obligaciones jurídicas por parte de un grupo familiar Wayuu se produce, por tanto, para evitar una ruptura en las relaciones con su propia sociedad”; (Guerra: 2002 p 205) que como antes habíamos mencionado, busca mantener la paz y la convivencia en armonía.

Por otra parte con el desconocimiento por parte de algunos indígenas, conocimiento limitado y aun mas, con la falta de legitimidad de las normas jurídicas del estado colombiano, el indígena Wayuu no interioriza o internaliza la norma para adecuar su comportamiento a ella, o motivarse frente a la norma, siendo esto necesario para que la pena cumpla la función de prevención general.

La imposición de la pena de prisión a un indígena de la comunidad Wayuu, por las condiciones antes expuestas no tiene ningún sentido, porque con esta ante el indígena no hay valor común que ratificar, ni existen condiciones para que este sea motivado y ajuste su actuar a la norma jurídico penal, al contrario de la compensación, que si lleva a cabo dicha función.

2.4.3 La prevención especial positiva

Con la teoría de la *Prevención especial positiva* se busca fundamentar la pena de prisión, que tiene como fin la resocialización del individuo que infringe la norma, sacándolo del sistema para tratarlo y que este en un futuro se abstenga de cometer delitos.

Se entiende por prevención especial positiva “la corrección, resocialización o socialización del delincuente”, (Lesch: 1999 p 53) esto es, que el encarcelamiento del individuo busca el tratamiento de este, que se considera que al infringir la norma penal tiene un comportamiento por fuera de los parámetros de la sociedad, y de esta manera se logre que ajuste su comportamiento a lo que la colectividad espera que sea su proceder.

La *resocialización* se entiende como “fundamento y fin de la pena”, (Lesch: 1999 p 57) puesto que con ello se legitima esta en un Estado Social y Democrático de Derecho; y no solo se considera una sanción, sino que esta tendría un propósito, además altruista, ya que con la prevención especial se le da tratamiento de una persona que se considera que tiene un comportamiento desviado que necesita corrección; y la pena no es mas que “la exigencia colectiva de adaptarse coactivamente”. (Lesch: 1999 p 58)

El fin de resocializar al delincuente busca “la posibilidad de que, modificando su entorno, sus costumbres, su educación y, en general, todo lo que ha influido en su vida, el hombre pueda ser mejorado”, (Lesch: 1999 p 54) y con posterioridad

su comportamiento sea ajustado a las normas de conducta que establece la colectividad.

Independientemente de las discusiones que esta teoría suscite entre los teóricos del derecho, pues algunos la consideran como una utopía, porque no se puede demostrar mediante una verificación empírica; en el Código Penal colombiano la pena eso es lo que busca, al menos de manera formal; y el sistema penitenciario colombiano está inspirado en ella, luego en realidad en cierta medida el sistema trata de resocializar al prisionero, (aunque falle en el intento).

La prevención especial positiva debe ser entendida bajo los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho, y en razón a esto es que debe existir “una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores”; (Mir Puig: 1982 p 34) Esta teoría no tiene validez cuando se trata de imponer a un indígena Wayuu, tanto de manera formal como material, debido a que el indígena Wayuu, como lo hemos reiterado a lo largo de este trabajo percibe el mundo de una manera distinta, y su sistema de valores no coincide con el que se intenta imponer.

La perspectiva que se tiene en la comunidad Wayuu sobre el sujeto que transgrede las normas sociales es totalmente opuesta a la concepción de la sociedad occidental, pues allí no se considera desviado su comportamiento, no se considera un delincuente; el indígena infractor “en ningún momento es

estigmatizado, no es señalado ni en el núcleo de la familia ni por la colectividad... pues se considera que el conflicto es inherente al ser humano”⁴¹.

Si el sujeto que contraviene la norma no es señalado como un delincuente, como peligroso o como desviado, sacarlo de la comunidad y resocializarlo no resultaría para nada lógico.

Como antes lo habíamos apuntado, el sistema normativo y en estricto sentido, la responsabilidad del sujeto frente a la violación de una norma social, no se basa en la culpabilidad, no se toma en cuenta la intención que éste tuvo al llevar a cabo su conducta, sino que solo se toma en cuenta el resultado lesivo, siendo esta un *responsabilidad objetiva*. Es por esto que no se señala al autor y no se mira la conducta como fuera del las expectativas de comportamiento de la comunidad, luego no es necesario tratarlo como función de la pena.

La resocialización del indígena Wayuu es inocua e inconducente, de ninguna manera tiene fundamento, ni como concepto teórico, ni de manera material si así se lograra en la realidad, por las perspectivas opuestas que se tienen en ambos sistemas sobre las conductas que van contra las normas sociales.

2.4.4 La retribución justa

La teoría de la retribución es considerada como una de las teorías absolutas de la pena, que consiste “en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y espía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”,

⁴¹ Guerra Cúvelo, Weildler, Comunicación personal.

(Roxin: 1997 p 81) con la pena como reacción que genera un mal, por la conducta lesiva desplegada, “someter al delincuente a un mal que corresponda con el grado de culpabilidad”. (Velásquez: 1995 p 99)

Como el delito lleva intrínseco la violación del orden social de una manera violenta y nociva, se considera la pena como respuesta proporcional al hecho y al daño cometido, *HEGEL* (Lesch: 1999 p 33) justifica la pena mediante la retribución cuando afirma: “el hecho delictivo no es algo principal, positivo, al que sigue la pena como negación, sino que es algo negativo, de tal manera la pena es tan solo la negación de la negación”.

Para *KANT* (Lesch: 1999 p 24) “solo se puede fundamentar la pena mediante la coerción jurídica...la facultad de impedir el ilícito mediante el ejercicio de coerción, bien mediante prevención, o bien mediante *restitución*”

Esta teoría presenta problemas ante los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, por cuanto “no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil”, (Roxin: 1997 p 81) solo se basa en la mera imposición de una sanción al sujeto, en una respuesta similar a la conducta cometida, con “consecuencias indeseables desde el punto de vista de la política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa en la comisión de delitos”. (Roxin: 1997 p 84)

Como el Código Penal colombiano presenta esta teoría de la retribución como función de la pena en conjunto con la prevención general y especial en algo puede menguar la contradicción y engranar con los derroteros del Estado Social y Democrático de Derecho.

La teoría de la *retribución justa* se considera, frente al nuevo modelo de Estado en el que también está el colombiano, que no encaja, pues “corresponden a momentos políticos ya superados”. (Velásquez: 1995 p 99). Está surgiendo una nueva teoría que la justifica: La VIGENCIA DE LA NORMA, que considera que con la función de la pena lo que se retribuye no es ya un mal por un mal causado, sino que con la desobediencia al orden jurídico opera la sanción, en razón a que en el tráfico jurídico existen expectativas de los asociados y la sanción se da por el quebrantamiento de dichas expectativas que contienen las normas (Lesch: 1999 p 75); en esta teoría “la pena tienen un significado muy concreto, consistente en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta y que la norma, en cambio mantiene su vigencia.”⁴²

Si tomamos la teoría original de retribución para aplicarla a la sociedad Wayuu, o en estricto sentido a cualquier indígena infractor de normas sociales de la comunidad considerados delitos en el ordenamiento colombiano, no tiene sentido desde ningún punto de vista, debido a que el mal causado con la contravención en la comunidad no es tomado de esta manera, como el infractor no es estigmatizado en su persona como sujeto infractor merecedor de un dolor que debe purgar a causa de su acción. La retribución la hace el individuo, por el

⁴² Citando a Jackobs, Lesch, Heiko, La función de la pena, Pág. 77

contrario, con la compensación, que le reconoce al ofendido su derecho, del cual fue despojado, y se le reconoce también materialmente en sentido estricto y simbólicamente el agravio y las consecuencias derivadas de él.

Si tomamos la teoría de la vigencia de la norma tampoco encuentra sustento la pena para aplicársele al indígena Wayuu, por cuanto ellos no comparten las mismas normas que la sociedad occidental, por razones antes expuestas y por esto entonces con la imposición de la sanción de prisión no hay expectativa que se mantenga, por lo que no son expectativas compartidas y mucho menos norma que mantener vigente.

El sistema penal colombiano se basa en la culpabilidad para imponer penas y los indígenas Wayuu no pueden ser culpables, ya que su cosmovisión no les permite valorar la situación a la luz del derecho positivo colombiano, por eso no se les puede hacer un juicio de reproche ante la norma y menos imponerle una sanción a la manera occidental.

3. EL SISTEMA NORMATIVO WAYUU: UN DERECHO ALTERNATIVO

3.1. Aspectos Generales

En Colombia es claro que existen multiplicidad de culturas, de hecho es considerado como un país “PLURIETNICO y MULTICULTURAL”, donde a lo largo del territorio existen culturas que conviven con el resto de la sociedad, teniendo éstas una forma de vida diferente y muchas veces contrapuesta a las costumbres de la mayoría de la colectividad. En muchos casos dicha convivencia no es del todo pacífica, por lo opuesto de sus costumbres y los valores de unos y otros; estando estas comunidades en desventaja frente a los demás y al Estado mismo, que como se ha dicho son *mayoría*, vulnerando sus derechos y la libre determinación que los pueblos tienen.

Los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas han existido y lo seguirán haciendo, en razón al arraigo de sus costumbres y valores, teniendo un sistema de normas que los regula y que los ha mantenido hasta ahora.

3.2. Protección constitucional a la jurisdicción indígena

De acuerdo a los pilares de un Estado Social y Democrático de Derecho, las comunidades indígenas deben tener una protección especial a su jurisdicción, regirse de acuerdo a sus normas y procedimientos, en aras a proteger la diferencia material que existe entre estas y la sociedad occidental, y sin lugar a dudas con el reconocimiento constitucional se pone de presente que “la circunstancia de poder ejercer funciones jurisdiccionales da por hecho que

existen sistemas jurídicos paralelos al Estado”⁴³, entonces atendiendo al principio de pluralismo, propio de un Estado como el Colombiano es que merecen respeto y protección.

El artículo 246 de la constitución política de Colombia consagra la jurisdicción indígena, siendo considerada especial, por gozar de cierta independencia ante las facultades jurisdiccionales del Estado; la norma superior en dicho artículo establece: *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la constitución y a las leyes”*, este artículo extiende la protección de estas comunidades al rango constitucional, por ser la república de Colombia un país PLURALISTA donde hay *“una realidad sociológica... que muestra, sin lugar a discusión alguna la existencia de diversos grupos étnicos y culturales...”*⁴⁴.

Esta declaración que la carta hace a las comunidades indígenas y a su jurisdicción se da por *“el reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de factores socio-culturales, que se aleja de la concepción unitaria de `naturaleza humana, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural”*⁴⁵; siendo tangible la pluralidad de culturas en el territorio colombiano, que con la declaración que la constitución hace permite *“al individuo definir su identidad, no como `ciudadano` en el*

⁴³ Cárdenas García, Ricardo, ¿El ejercicio de las sanciones penales que efectúa la jurisdicción indígena afecta la universalidad de los derechos humanos?

⁴⁴ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-344 de 1998, M.P Alfredo Beltrán Sierra

⁴⁵ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-496 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz

concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos”⁴⁶.

Es de la esencia misma de un Estado Social y Democrático de Derecho el reconocimiento a la persona en cuanto a tal, es decir, a la persona en sí misma considerada, en su individualidad, y es debido a ello que este modelo de estado “ya no concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.”⁴⁷, abriendo paso a entender que la misma naturaleza nos ha hecho heterogéneos, tanto individual como desde el punto de vista social, y es el Estado el llamado a proteger esa pluralidad, porque es él quien tiene “la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que el mismo ha elegido para garantizar la convivencia”⁴⁸.

Siendo una realidad la existencia de grupos étnicos a lo largo del territorio colombiano, entre los cuales se encuentran notables diferencias con la mayoría de los habitantes de nuestro país, con la consagración de la jurisdicción especial indígena se protege a estas comunidades y también la cosmovisión del mundo

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-523 de 1997, M.P Carlos Gaviria Díaz

⁴⁸ Ibidem

con la que ellas cuentan, por cuanto “ninguna de visión del mundo debe primar y mucho menos tratar de imponerse”⁴⁹; y es que con la carta política de 1991, que abre paso al respeto a comunidades con una concepción del mundo disímil a la de la generalidad de las personas, y cambia la manera de concebir al individuo, aunque existe un derecho fundamental a la igualdad, la Constitución parte de la base que existe divergencia entre ciertos grupos humanos dentro del territorio con el resto de la ciudadanía y “no parte de la imposición de este principio de igualdad, sino del reconocimiento de la diferencia, basada en la aceptación de la diversidad étnica y cultural”⁵⁰.

Con la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas que hace la constitución, la Corte Constitucional considera que esta constituye un derecho para estos grupos, en cuanto protege su integridad como grupo, siendo esta “integridad social, cultural y económica... un ***Derecho Fundamental*** para la comunidad por estar ligada a la propia subsistencia como grupo humano y como cultura”⁵¹ (Cursiva y negrilla fuera del texto); y es que hay que tener en cuenta que lo que esta en juego aquí es la existencia misma del grupo étnico, y sus normas y procedimientos hace parte fundamental de la vida en comunidad y es en parte lo que los hace diferentes, ya que su particular cosmovisión del mundo es lo que determina su actuar.

Es deber del Estado, y con la consagración constitucional se hace hincapié en ello, la protección de las minorías, considerando las comunidades indígenas una

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Cárdenas García, Ricardo, ¿El ejercicio de las sanciones penales que efectúa la jurisdicción indígena afecta la universalidad de los derechos humanos?

⁵¹ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-652 de 1998, M.P Carlos Gaviria Díaz

minoría, aunque desde el punto de vista occidental la forma de ver el mundo de los indígenas no cuadre con ella, “aun siendo clara la dificultad para entender desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares”⁵²; entendiendo que esa óptica no es “universal”, porque aunque los seres humanos, como individuos y como seres sociales no compartan valores comunes, son diferentes los unos de los otros, y más si los valores no son compartidos, porque históricamente y de acuerdo a muchos factores que influyen en los procesos de formación de las sociedades, dejan las percepciones de las cosas y del mundo en general en lugares distintos y en ciertos casos equidistantes.

Es pertinente anotar que los sistemas de valores de las sociedades que hoy coexisten son bastante distintos y es necesario que exista “un diálogo intercultural que sea capaz de trazar estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una”⁵³, que dicho diálogo se base en el respeto, necesario este para cualquier mínimo de convivencia, más aun con formas de vivir y pensar tan diferentes y en la comprensión de esa diferencia que nos permita respetarla.

⁵² Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-523 de 1997, M.P Carlos Gaviria Díaz

⁵³ Ibidem

Lo que hace diferentes a las comunidades indígenas en esencia es “esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad”⁵⁴, esas costumbres basadas en valores construidos a través de la historia, y que a pesar de las constantes batallas para mantenerse “ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas, que no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas”⁵⁵.

La sociedad Wayuu, que mantiene sus tradiciones casi intactas y como una sociedad donde existe reglas establecidas y respetadas, sancionando su eventual trasgresión, es una jurisdicción especial indígena, con características propias y con las particularidades que cada uno de estos grupos como comunidad étnica tiene, pero que en esencia cuenta con instituciones como la compensación y el palabrero, autoridades que están en cabeza de los miembros de las familias y en normas consuetudinarias de tradición oral; merecedoras del respeto y de la protección que les da la Constitución Política.

Un límite a la jurisdicción indígena es que las normas propias de la comunidad no contraríen las leyes de la República. En el caso de la sociedad Wayuu, en ningún momento sus tradiciones, tanto sus normas como sus procedimientos son contrarias a la Constitución y a las leyes, por lo menos en esencia, porque los sistemas de normas indígenas son en muchos casos opuestos al ordenamiento colombiano. No es contrario en primer lugar porque protege derechos en los cuales existe un punto de encuentro con las leyes y principios constitucionales del ordenamiento colombiano, como la vida, la dignidad, la integridad personal, el

⁵⁴ Ibidem

⁵⁵ Ibidem

patrimonio, entre otros; en cuanto al procedimiento como ha sido reiterado a lo largo de este trabajo, la compensación como sanción tiene connotaciones diferentes por un lado a lo que pueda ser una indemnización y por otro lado no es un intercambio de mercancías ni de derechos por bienes, por el contrario es una dignificación a la parte afrentada por una ofensa y/o por un daño causado.

La protección que la Constitución da a estos grupos humanos, con la consagración de su jurisdicción y la facultad de administrar justicia, se basa en los principales derroteros de un Estado Social y Democrático de Derecho, que protege a los individuos de una manera material y concreta, con las particularidades que cada uno de ellos presenta, tanto individual como miembro de un grupo y les da la posibilidad de autodeterminarse y autorregularse protegiendo así sus diferencias. También con la protección a la jurisdicción indígena se fijan parámetros de convivencia y coexistencia que deben desarrollarse de una manera pacífica, con bases de respeto y tolerancia, reconociendo la diversidad, realizando así los fines del Estado.

3.3. El Derecho Wayuu: Un Derecho Paralelo Alternativo

El concepto de *alternativo* ha sido tomado aquí, no como una opción sino como un derecho autentico y autónomo vigente al lado del estado. Se ha recalcado en la extensión de este texto que las sociedades tribales, y en general todas las sociedades humanas poseen reglas de conducta, sanciones y procedimientos específicos dada la eventual violación de dichas reglas. En el caso particular de las sociedades indígenas estas reglas de comportamiento hacen parte de su vida en comunidad y es posible afirmar que es lo que mantiene la convivencia de una

manera pacífica, más aun los identifica y los conserva como sociedad, por la naturaleza de las normas, que como costumbres hacen de la comunidad un grupo con características propias, existiendo su modelo normativo independientemente al Estado, ya que para ellos el único derecho valido es el propio.

De una manera básica, sería factible aseverar que el fin que persigue el Derecho es la organización de la sociedad y, que sus miembros mediante criterios comunes (que serian las reglas) convivan en armonía. La figura Estado, tomándolo de la forma genérica del concepto, su función “consiste en dispersar las contradicciones a través de la resolución parcial de las tensiones sociales por las que ellas se manifiestan”, (Santos: 1991 p 98) y para llevar a cabo esa función este tiene “mecanismos de socialización/integración, mecanismos de trivialización/neutralización y, mecanismos de represión/exclusión”. (Santos: 1991 p 98) Esta manera de organizar la sociedad no encaja dentro de los grupos indígenas porque su particular cosmovisión no se ajusta a los parámetros de organización que la sociedad occidental tiene para ello, siendo necesario primero, para entender la forma de vida de estas comunidades “identificar algunos de los canales de circulación entre estructuras y practicas sociales y las formas como están se reflejan y repercuten de un modo transformado y transformador en la actuación del estado y del derecho...”, (Santos: 1991 p 108) e identificar los mismos canales en estas sociedades tribales con sus autoridades y costumbres, que arrojaría como resultado una diferencia abismal, no siendo viable intervenir en los asuntos propios de ellos por la falta de identificación antropológico-cultural de las visiones de cada uno y las cuestiones que regulan.

Las sociedades indígenas en Colombia y su derecho existen y subsisten desde siglos anteriores a los estados modernos, y es en razón a esto que (aunque sin intención por lo menos manifiesta de hacerlo) mantienen un *status quo*, (Santos: 1991 p 110) *la creación de un hecho consumado*; una sociedad de facto paralela al estado, que nos muestra que existen “otras fuentes importantes de poder social al lado de estado”. (Santos: 1991 p 172)

Con la óptica antropológica que se ha abordado el concepto de ley, norma y derecho, permitiendo así que “el concepto de derecho fuera desprendido del concepto de Estado” admitiendo que “la identificación de la pluralidad de los derechos no tendría límite” (Santos: 1991 p 172)

El concepto de derecho debe ser separado del Estado, primero por lo que es empíricamente comprobable en los sistemas que existen en los tipos de sociedades en mención, y segundo porque “el Estado es una realidad instrumental, una creación artificial moderna, en comparación a la sociedad civil... las sociedades se forman, pero se fabrican Estados”, (Santos: 1991 p 175) estando establecidas las sociedades indígenas a través de la historia.

Las normas de los grupos indígenas constituyen derecho y por ello es este el legítimo para ellos, en razón a que este es “una construcción social bien tejida que convierte el derecho territorial en la única forma de derecho”. (Santos: 1991 p 191)

Es una construcción histórica de relaciones que permite a la sociedad, y en sentido estricto a sus miembros amalgamarse y poder mantener una convivencia en armonía; a diferencia del derecho estatal, que en los últimos tiempos se encuentra en decadencia “consecuencia directa de la `sobreutilización` de derecho para propósitos de ingeniería social, es decir, `sobrelegalización` de la realidad social”⁵⁶, contrario sensu del de los indígenas que sus normas nacen derivadas de sus relaciones sociales.

Con ocasión a la realidad de estos grupos es que la constitución establece la protección a la jurisdicción especial, siendo este un derecho “*alternativo*”, demostrando así que “el reconocimiento de la centralidad del poder estatal y el derecho es compatible con el reconocimiento de la multiplicidad de las formas de poder y formas de derecho”, (Santos: 1991 p 206) y al ser este un país pluralista “la diversificación y la heterogeneidad interna de nuestras constelaciones culturales e ideológicas son el reflejo de las configuraciones humanas que las activan y transforman”. (Santos: 1991 p 207)

Pretender desconocer las facultades jurisdiccionales de estas comunidades e imponer el derecho positivo colombiano sería imponer “una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo”⁵⁷, siendo contrario a los postulados constitucionales de Colombia debido a que “no es compatible con el principio de diversidad étnica imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la sociedad occidental ha contemplado”⁵⁸. Con el

⁵⁶ Citando a TEUBNER, Santos, Boaventura de Sousa, Estado, Derecho y Luchas Sociales, Pág. 202

⁵⁷ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-523 de 1997, M.P Carlos Gaviria Díaz

⁵⁸ Ibidem

reconocimiento jurisdiccional que se les dé permite “la materialización de sus costumbres”⁵⁹, aceptando la alternatividad de su derecho.

Basándose en los derroteros de un Estado Social y Democrático de Derecho, el estado esta limitado para intervenir en los asuntos propios de los indígenas y por consiguiente “en ningún momento le es dable al estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para `corregirlo`. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo”⁶⁰, ya antes anotado, es un “pilar axiológico” del estado que reconoce intrínseca y extrínsecamente un paralelismo en los sistemas de derecho, y es el estado quien debe velar por su coexistencia.

La sociedad Wayuu tiene un derecho paralelo al Estado, un derecho propio, inmaterial, consuetudinario, que existe y le da vida a sus instituciones, regula sus relaciones; y es este derecho una representación cultural de ellos, porque parte de la esencia misma de sus costumbres, y cada vez que es aplicado da muestra de existencia la comunidad y se ratifica sus costumbres.

Con la imposición de las normas jurídicas estatales además del choque intercultural en el que entra el individuo, la violación a los principios constitucionales y legales desarrollados en este escrito, se pone en peligro a largo y mediano plazo la existencia de este grupo indígena porque, no se le permite desarrollarse con base a su conciencia y todo lo que ello representa.

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-496 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz

Cuando un indígena Wayuu es sancionado penalmente conforme a las normas del Estado se violan derechos inherentes a la persona, al desarrollo de su personalidad, a la igualdad, en el sentido de trato igual a iguales y trato desigual a desiguales, a su dignidad como indígena y como colectivo a la libre determinación.

El sistema penal colombiano choca con el derecho inmaterial Wayuu porque mientras el derecho estatal “castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para reestablecer el orden de la naturaleza y para disuadir de cometer faltas en el futuro”⁶¹, visión de las faltas distinta, y con una teleología de las sanciones a los quebrantamientos a las normas totalmente opuesta, y es con base en esto que la pena de prisión no es el mecanismo idóneo par sancionar a un indígena.

El sistema jurídico Wayuu, con la trasgresión de la norma el sistema reconoce el derecho violado y pone de presente “el valor de conservación y el disvalor de su modificación” (Kaufmann: 1977 p 92) y establece como sanción la compensación, que reestablece el orden y las relaciones sociales interrumpidas. A algunos grupos indígenas se les critica y se les señala por lo violentas que son sus sanciones, hasta el punto de no reconocer su jurisdicción por no compartir su forma de sancionar, y aseverar que va en contra de la Constitución y de las leyes; en la comunidad Wayuu es totalmente contrario, la solución del conflicto es amistosa, es un arreglo pacifico, donde contrario de la óptica occidental, la

⁶¹ Ibidem

compensación no es un comercio de derechos personales y mucho menos de valores, sino que tiene connotaciones particulares, de dignidad y reconocimiento de las faltas y de las aflicciones ocasionadas.

Este derecho inmaterial y el sistema de compensaciones debe ser considerado como un derecho “*alternativo*”, además de que lo es por estar paralelo al Estado, porque es DERECHO y como derecho en cuanto tal cumple con los fines de un sistema jurídico, aun con mas eficiencia que el ordenamiento positivo, porque logra equilibrio social, convivencia pacifica, logra también reestablecer relaciones rotas entre los miembros de la comunidad, que es difícil que nuestro derecho lo logre, y lo mas importante logra satisfacción interior de las personas que han sufrido alguna agresión.

En las sociedades tribales con las sanciones por infracciones a las normas de la colectividad, mas que un castigo lo que se busca es reestablecer el orden perdido, ese orden de la naturaleza que ha sido quebrantado y el orden en la comunidad Wayuu es reestablecido mediante obras, mediante la dignificación de la parte ofendida, en el reconocimiento de la falta y del dolor causado, de una manera material que lleva implícito en ella un significado simbólico.

El sistema Wayuu es un sistema coherente, un sistema eficaz, justo, reconocido por sus miembros, existente se quiera o no por los organismo del Estado, que debe ser respetado, valorado, y considerado “*ALTERNATIVO*”, con las implicaciones que ello conlleva, para que garantice y perdure la existencia de esta comunidad ancestral que habita la península de la Guajira.

Conclusiones

1. La cultura Wayuu, como grupo étnico constituye una sociedad organizada, con reglas e instituciones propias como el palabrero y la compensación, formando así un sistema jurídico completo, dado el conjunto de normas existentes que de forma INMATERIAL de generación en generación se transmiten a cada uno de sus miembros, considerado como un sistema justo y por tal razón respetado, acatado, eficaz y suficiente para regular la convivencia y coexistencia de los integrantes de la comunidad.
2. Entre el Derecho occidental, en particular el Derecho penal, y un sistema jurídico de un grupo indígena como el de la sociedad Wayuu, existe una gran diferencia, puesto que ambos sistemas chocan en los valores contenidos en las normas, como la finalidad que estas persiguen y las sanciones que tienen previstas, sumado al hecho que el conocimiento de las normas del ordenamiento penal que el indígena Wayuu tiene es nulo o limitado, careciendo de sentido la aplicación de una sanción a la luz del Derecho de occidente, pues contraría los pilares axiológicos de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.
3. Para la cultura Wayuu la pena de prisión contemplada en los ordenamientos occidentales no constituye una sanción válida, puesto que con ella no se subsana la falta cometida, no se logra reestablecer el orden, el equilibrio social y tampoco se consigue surcar relaciones rotas a causa de una infracción.

4. Las comunidades indígenas en Colombia por mandato constitucional deben ser sujeto de especial protección por ser Colombia un estado pluralista, protección que debe ser real y efectiva, dándole así la posibilidad a sus autoridades de ejercer funciones jurisdiccionales. En consecuencia, por ese respeto de lo diferente, el Derecho Wayuu constituye un Derecho paralelo al estado, ALTERNATIVO, eficaz, digno de respeto y tolerancia.
5. La cultura Wayuu hoy por hoy se mantiene intacta en muchas de sus costumbres, y sus instituciones tienen vigencia afirmando así que su sistema es coherente, válido, como realidad social contemplado y protegido por el ordenamiento superior.

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer, Guirao, R. (2004). *Los fines del Derecho Penal*, Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, Cuellar, J M y Llynet, E. (2004). *El Proceso Penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. (1993). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial Debate.

Cárdenas García, Ricardo, ¿El ejercicio de las sanciones penales que efectúa la jurisdicción indígena afecta la universalidad de los derechos humanos? www.estatalescolombiaisp.org.co. Recuperado: 10 de octubre de 2009.

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia T-344 de 1998. M.P Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia T-496 de 1996. M.P Carlos Gaviria Díaz

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia T-523 de 1997. M.P Carlos Gaviria Díaz

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia T-652 de 1998. M.P Carlos Gaviria Díaz

COLOMBIA. Corte constitucional. Sentencia T-556 de 1998. M.P José Gregorio Hernández Galindo

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta

Guerra, Cúvelo, W. (2002). *La disputa y la palabra: La ley en la sociedad Wayuu*.

Bogota: Ministerio de cultura

Guerra, Cúvelo, W. (2007). *El poblamiento de los territorios*. Bogota: L/M Editores

Gluckman, M. (1978). *Política, Derecho y Ritual en las sociedades tribales*. Madrid:

Editorial AKAL.

Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas*. Buenos aires: Editorial Depalma.

Kaufmann, A. (1999). *Filosofía Del Derecho*. Bogota: Universidad Externado de

Colombia.

Hart, H.L.A. (1998). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Lesch, H. (1999). Traducción Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *La Función de la*

Pena. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Mazeaud, H. (1962). *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo 3. Buenos Aires:

Editorial Jurídicas Europa.

Mir Puig, S. (1982). *La función de la pena y de la Teoría del Delito en un Estado Social*

y Democrático de Derecho. Madrid: Casa editorial Bosch.

Revista Ranchería, Fondo Mixto para la promoción de la Cultura y las Artes de la
Guajira. 11 de Diciembre de 2008

Roxin, Cl. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires Editorial Civitas.

Santos, B se S. (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogota: Editorial ILSA.

Velásquez, F. (1995). *Derecho Penal Parte general*. Bogota: editorial Temis.