

# Pluralismo jurídico y cultural en Colombia\*\*

## Juridical and Cultural Pluralism in Colombia

### SUMARIO

Introducción. I. Metodología. II. Principio de diversidad étnica y cultural: concepto y fundamentos. III. Pluralismo cultural: caso wayúu<sup>1</sup>. IV. Pluralismo jurídico: caso wayúu. A. La sociabilidad vindicatoria y la reparación. B. Los tres círculos. C. Los dos modos de reparación wayúu. V. Conclusiones

### RESUMEN

Es una investigación interdisciplinaria nutrida de fuentes secundarias y primarias (estudios de caso, entrevistas, historias de vida) sobre el pluralismo jurídico y cultural en Colombia. Se realiza un acercamiento al principio de diversidad étnica y cultural con tres elementos dinamizadores como son la tolerancia activa, la preexistencia del pluralismo jurídico y cultural y el reto del multiculturalismo. Para entender el concepto del pluralismo jurídico el estudio científico se complementa con un estudio de caso: el pueblo wayúu, del norte de Colombia. Para finalizar se hace una comparación con la justicia colombiana (penal) y la justicia restaurativa “compositio”.

\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, DSU en derecho penal de la Universidad de París X, DEA en política criminal y derechos humanos en París X y doctora de la Universidad d’Artois, 2010. Directora del Centro de Investigación en Política Criminal y de la Cátedra Unesco de la Universidad Externado de Colombia. [marcela.gutierrez@uexternado.edu.co]; [margutq@yahoo.com.ar].

El objetivo de este artículo es presentar una síntesis del trabajo teórico y empírico de la tesis de doctorado sustentada el 1.º de julio de 2010 en la Universidad d’Artois (Francia). El título de la tesis es *Les wayuu, l’État de droit et le pluralisme juridique en Colombie*. Este trabajo será publicado luego en su totalidad.

\*\* Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2011.

1 Este capítulo tiene en cuenta los trabajos de MICHEL PERRIN, JEAN GUY GOULET, VIRGINIA GUTIÉRREZ DE PINEDA, F. RENÉ PICÓN y WEILDLER GUERRA CURVELO.

## PALABRAS CLAVES

Pluralismo jurídico y cultural, interdisciplinariedad investigativa, principio de diversidad étnica y cultural, pueblo indígena wayúu y justicia restaurativa

## ABSTRACT

Interdisciplinary research is nurtured elementary and secondary sources (case studies, interviews, life histories) on the legal and cultural pluralism in Colombia. I approach the principle of ethnic and cultural diversity with three driving elements such as active tolerance, the pre-existence of legal and cultural pluralism and the challenge of multiculturalism. To understand the concept of legal pluralism scientific study is complemented by a case study: the Wayúu people of northern Colombia. To end a comparison with the Colombian justice (criminal) and restorative justice “compositio”.

## KEY WORDS

Legal and cultural pluralism, interdisciplinary research, the principle of ethnic and cultural diversity, indigenous Wayúu, restorative justice

## INTRODUCCIÓN

Teóricamente, las ideas del monismo jurídico correspondían al positivismo y al centralismo jurídico (GRIFFITHS, ENGLE MERRY y TAMANAHA, 2007). Ellas afirman la noción de exclusividad del Estado en la creación del derecho y que el único derecho debería ser el creado por el soberano. Es así que HOBBS<sup>2</sup>, LOCKE<sup>3</sup> y KELSEN<sup>4</sup> llevan a consolidar un monismo jurídico con el fin de crear un orden social concentrado y homogéneo.

Sin embargo, al hablar dialécticamente (MUÑOZ, 2010), el monismo surge porque el pluralismo impera. Frente al monismo jurídico las realidades

2 HOBBS habla de la necesidad de un pacto civil (el Leviatán). El soberano concentra todo el poder coercitivo del Estado, así como la capacidad creadora del derecho y la potestad de solucionar los conflictos que surgen entre los súbditos. El derecho y el Estado se relacionan de manera necesaria.

3 Para LOCKE, el Estado concentrará el poder creador del derecho, que deberá estar constituido por normas generales y públicas.

4 KELSEN defiende dos ideas básicas del monismo jurídico: la identificación entre el derecho y el Estado, y el carácter jerárquico y fundamentalmente centralizado e institucionalizado del ordenamiento jurídico.

plurales de nuestro país contrastan entre sí. El monismo jurídico es estático por no reconocer otros sistemas jurídicos.

Frente a lo homogéneo está lo heterogéneo de las “personas”<sup>5</sup>, de las interacciones, de las interpretaciones y del *modus vivendi*. En América Latina las realidades de las etnias son múltiples así como sus sistemas jurídicos y de solución de conflictos.

Colombia no es una sociedad global con valores universales sino un conjunto de culturas con valores específicos. En otras palabras, diferentes contextos, cosmovisiones y sistemas económicos, sociales y jurídicos.

El objetivo de mi trabajo fue el de no separar los sistemas jurídicos<sup>6</sup> y los valores<sup>7</sup> sociales de determinada sociedad para descubrir cuáles comportamientos infringen esos valores, de qué manera y cuáles formas de reacción social existen.

Nuestra comparación jurídica-social se centrará entre el pueblo indígena wayúu<sup>8</sup> y la sociedad tradicional colombiana. Nuestra meta<sup>9</sup> fue ver en qué medida diferentes grupos culturales pueden articularse jurídica y socialmente.

Esta comparación nos llevará a una reflexión sobre la necesidad de la ponderación de los derechos fundamentales en ciertos casos concretos, como un reto de reconocimiento de otros referentes, de otras dignidades y diversidades (BORILLO, 2010).

Frente al siglo de destrucción de los pueblos indígenas en Colombia, propongo afirmar nuestra capacidad, como nunca antes, “de la conciencia de la dignidad y el valor de los diferentes sujetos de derecho” (DE SEBASTIAN, 2000).

El artículo desarrollará los puntos siguientes:

a. Metodología: en este punto muestro la importancia del trabajo interdisciplinario y de las estrategias metodológicas complementarias.

5 Es importante reflexionar sobre la existencia y el reconocimiento de los pueblos indígenas como colectividades o sujetos de derechos fundamentales.

6 Para entender un sistema jurídico y sus relaciones jurídicas fundamentales es importante tener en cuenta el pensar (mitos de la creación, los diferentes mundos, el concepto de muerte, el concepto de derecho) de esa sociedad, las fuentes del derecho, las diferentes lógicas de las sociedades con escrituras y las sociedades de tradición oral.

7 Según NORBERT ROULAND (“Anthropologie juridique”), la visión de lo justo y de lo injusto varía según el lugar que ocupan los grupos y los individuos en la jerarquía social.

8 La Guajira se encuentra en la región Caribe. Ella presenta contrastes topográficos, climáticos y culturales. Existe un gran porcentaje de población indígena wayúu y población mestiza guajira. Los factores naturales y sociales han asegurado un relativo control territorial que preservan aspectos socioeconómicos y jurídicos de esta cultura. El 16 de noviembre de 2010 el Comité Intergubernamental de la Unesco añade el sistema normativo wayúu, como patrimonio inmaterial de la humanidad.

9 La comparación se hizo a partir de investigaciones criminológicas sobre el sistema penal y la realidad sociojurídica de la comunidad wayúu. Esta comunidad respeta la diversidad de construcciones que se hacen a través del palabrero y el pago (compensación) ofrecido y cumplido. Esa comparación se realizó con base en las ideas de los trabajos del profesor LOUK HULSMAN y del etnólogo RAYMOND VERDIER.

b. Principio de la diversidad étnica y cultural (concepto y fundamentos): en este aparte reflexiono, por un lado, sobre tres elementos dinamizadores del concepto de diversidad como son la tolerancia, el pluralismo cultural y jurídico y el reto del multiculturalismo y, por otro lado, sobre los fundamentos jurídicos positivos, éticos, políticos e históricos-sociológicos.

c. Pluralismo cultural: caso wayúu. A partir de un estudio de caso resalto la importancia de las especificidades culturales que inciden en la construcción jurídica.

d. Pluralismo jurídico: caso wayúu. A partir de la sociedad wayúu hago una comparación entre el sistema penal colombiano y el sistema de justicia restaurativa wayúu.

## I. METODOLOGÍA

Para llegar a comprender los diferentes sistemas jurídicos y culturales fue indispensable hacer una aproximación de la realidad con una óptica interdisciplinaria.

El derecho me permitió profundizar sobre el Estado de derecho, su dinámica social, evolución y la columna vertebral de los derechos fundamentales como instrumento de protección de la dignidad humana; a través del neoconstitucionalismo observé la importancia de los jueces constitucionales en el desarrollo del principio de igualdad y de diversidad, haciendo énfasis en la diferencia entre la discriminación y la diferenciación de acuerdo con las percepciones culturales.

La filosofía del derecho me mostró la importancia de la emancipación y la limitación (del) al Estado (abuso del derecho) en el sentido de que los miembros de las colectividades tienen nuevos derechos que deben ser garantizados; asimismo el paso de los derechos fundamentales como ética y axioma a ser normas positivas (validez) y de mayor reconocimiento y menor imperfección.

La sociología del conocimiento (BERGER & LUCKMANN, 1999) fue la herramienta para entender los procesos de construcción social de las realidades (objetiva-subjetiva) en las que se encuentran vinculadas diversas lógicas. El mundo no obedece a una lógica.

La antropología jurídica<sup>10</sup> me hizo ver la importancia: a. del trabajo empírico; b. de los procesos sociales de construcción normativa; c. de la aplicación de una

10 La profesora ESTHER SÁNCHEZ en su libro sobre peritazgos antropológicos en clave cultural (2010) hace énfasis en esa herramienta importante para conocer los referentes cognitivos de otra cultura y así los sistemas jurídicos. El peritazgo antropológico lo define como el “instrumento de entendimiento, de conocimiento, de acercamiento de otras lógicas jurídicas, de otras formas de ver el mundo, de otras formas de actuar, de lo diferente”.

balanza mental frente a los prejuicios y creencias falsas o sin argumentación y d. de las observaciones participantes con sociedades diferentes de la nuestra y poder decir que la alteridad es determinante para el conocimiento<sup>11</sup>.

Estas ciencias me ayudaron a observar la variación cultural y comprender el proceso del multiculturalismo. Para forjar la identidad, el ser humano produce la diferencia. En mis trabajos de campo observé que muchas sociedades tradicionales obedecen menos a normas explícitas que a modelos de comportamiento, o sea la sanción no es automática. En fin, el reto es saber si nos podemos reconocer como una sociedad multicultural y no etnocéntrica.

## II. PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

Diversidad es variedad, desemejanza y diferencia. Diversidad cultural “es la aceptación de la alteridad ligada al asentimiento de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental” (ROULAND, 2000).

El principio de diversidad étnica y cultural se articula desde la igualdad. Admitiría la variedad de poblaciones en condiciones de “igualdad” de derechos de ciudadanía pero ha de considerar su historia y riqueza ancestral, que debe ser protegida. El respeto a la diversidad está relacionado ineludiblemente con la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales, base de la *supervivencia* y *vida* de los pueblos indígenas.

La estructura pluralista del Estado colombiano acepta la multiplicidad de formas de vida, de sistemas de comprensión del mundo y los diferentes modos de ser y de actuar (valores, creencias, actitudes y conocimientos).

La diversidad tiene tres elementos dinamizadores:

### a. *La tolerancia*

Es importante entender la tolerancia como una postura abierta e inconclusa a nivel conceptual y fáctico. Es un imperativo categórico frente a los demás, para lo nuevo y para la indagación de lo desconocido. Es un discurso real fundamentado en la experiencia de la vida práctica el cual no puede jamás

11 Sobre los aportes de la antropología jurídica consultar BURKE PETER. “Formas, obertura: la nueva historia y su pasado y su futuro”, en *Formas de hacer historia*, Madrid, Alianza Universidad, 1996; GOULET JEAN GUY. *El parentesco guajiro de los apushi y de los oupayu*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977; y PERRIN MICHEL. *Antropólogos y médicos frente al arte guajiro de curar*, Caracas/Maracaibo, Universidad Católica Andrés Bello/Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana, 1982.

proporcionar fundamentaciones finales. Sólo puede hacer recomendaciones a los seres humanos. El discurso racional real sólo puede entenderse como argumentación en sistema abierto (KAUFMANN, 1999).

### *b. La preexistencia del pluralismo cultural y jurídico<sup>12</sup>*

El pluralismo<sup>13</sup> relativiza el lugar del Estado y afirma la existencia de derechos no estatales, que nacieron en contextos sociales específicos. Invita a la descontextualización jurídica, espacial y temporal (ROULAND, 2000).

Es darle importancia al derecho vivo que surge en la vida cotidiana. El “[...] centro de gravedad no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma [...]” (EHRlich, 2005).

En las teorías sobre el pluralismo existen diferentes conceptualizaciones, desde el pluralismo fuerte, débil, aparente, verdadero, interno, externo, formal, unitario, igualitario, clásico y nuevo.

Lo importante es reconocer las diferentes prácticas y representaciones en un espacio determinado e identificar cómo ese encuentro se puede dar de una manera dialógica y con respeto del otro.

Son “los grupos y las prácticas los que le otorgan el carácter jurídico a una norma, hecho o situación. Lo jurídico brotaría de las convenciones sociales y no de una estructura exterior a ellas” (GRIFFITHS, ENGLE MERRY y TAMANAHA, 2007).

### *c. El reto del multiculturalismo*

El multiculturalismo tiene que ver con el proceso de interacción con otros derechos y otros contextos culturales. derechos de reconciliación que buscan –más que determinar prioritariamente lo justo, quien tiene razón o no–, mediar entre los adversarios o grupos, para evitar tensiones fuertes en el conjunto de la comunidad.

12 Es importante aclarar que el pluralismo jurídico de este trabajo reconoce la importancia del pluralismo general pero hace énfasis en un pluralismo construido en aras del multiculturalismo.

13 La Corte desarrolla los elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas”. Y “[...] no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario se restaría eficacia al *pluralismo* que inspira la Carta”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139 de 1996.

Es saber escuchar al otro, con nuestro derecho y nuestra cultura, y construir puntos de encuentro<sup>14</sup>. Existen culturas como la wayúu en donde el “equilibrio” social y la “armonía” priman sobre la determinación de responsabilidades.

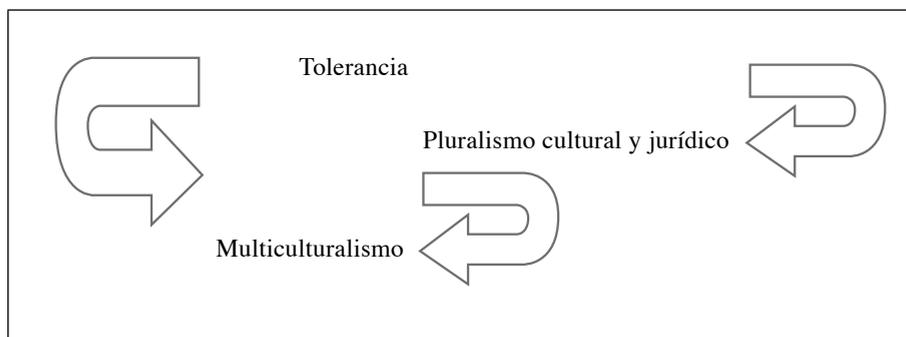
La justicia en clave multicultural es en términos de apertura hacia el distinto y de interacción entre identidad y diversidad<sup>15</sup>. Los encuentros y confrontaciones con los otros son lo que dinamiza la diversidad y el pluralismo.

Ese multiculturalismo ha empezado a construirse por la Corte Constitucional con base en dos premisas: maximización de la diversidad étnica y cultural y minimización de restricciones bajo las siguientes fórmulas:

1. A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.

2. El núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.

#### DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL (CONCEPTO)



14 Actualmente el Código de Procedimiento Penal ha establecido mecanismos de justicia restaurativa con el fin de descongestionar los tribunales, buscar mecanismos alternos a la justicia retributiva y crear vínculos entre las partes involucradas.

15 1. En el caso de la sanción por medio del cepo de la comunidad indígena chami, se determinaron los mínimos jurídicos o restricciones posibles, siempre y cuando se ponderen los derechos fundamentales en conflicto y se contextualicen. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 de 1996.

2. Existe el caso de la comunidad paez, en donde se insiste en que cada caso es específico y no se pueden generalizar. Aclara el concepto de fuero indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de valores occidentales hegemónicos, para así establecer si en función de los parámetros culturales, el indígena sabía que cometía un acto ilícito. Si se confirma la falta de comprensión del contenido y del significado social de su conducta, el juez deberá concluir que se trata de una diferencia evaluativa y no de inferioridad de las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia, ordenará remitir al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496 de 1996.

3. El principio de diversidad y la autonomía jurisdiccional, fue aclarado cuando la Corte declara que las autoridades indígenas (municipio de El Tambo) gozan de un gran poder discrecional en el poder de sancionar, pero no es un poder ilimitado. Su ejercicio debe ser razonable y no tocar valores jurídicos protegidos por el derecho constitucional. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254 de 1994.

– *Fundamento jurídico positivo*

La Constitución Política de 1991 “reconoce” el principio fundamental del pluralismo jurídico (art. 1.º), el de la diversidad étnica y cultural<sup>16</sup>, el reconocimiento de las diversas construcciones culturales, de sus idiomas o dialectos, sus cosmovisiones y sus territorios indígenas (riquezas culturales y naturales)<sup>17</sup>. Esta constitución reconoció la importancia del territorio<sup>18</sup> colectivo de los grupos indígenas y la jurisdicción a que tienen derecho.

Es así como se reconocen la jurisdicción indígena (art. 246), sus autoridades y desarrollos jurídicos que estén de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando no vulneren la Constitución Política y la ley.

Si en el contexto social emergen muchos sistemas alternos, aparecen las siguientes preguntas: ¿El pluralismo jurídico en Colombia depende del sistema nacional o existe autónomamente? ¿Cuál es el grado de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural? ¿El pluralismo jurídico es aparente<sup>19</sup>?

En principio el pluralismo existe de una manera aparente y limitada. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dictado sentencias hitos en donde reconoce el relativismo cultural y la importancia de la ponderación en cada caso concreto, llegando a afirmar la existencia de un pluralismo verdadero en clave de derechos humanos transculturales.

El reconocimiento es un logro para la autonomía, el libre desarrollo de los grupos indígenas<sup>20</sup>, el territorio indígena y la participación en sus planes de vida por parte de los pueblos indígenas (autoridades). Reivindica los derechos de los pueblos indígenas y reconoce su particularidad social y jurídica inherente a sus contextos. En varias sentencias a través de diferentes mecanismos ha analizado la complejidad del tema y ha reconocido la realidad (no una ficción) de los pueblos indígenas como sujeto concreto de derechos fundamentales<sup>21</sup>.

16 El artículo 7.º de la Constitución Política de Colombia proclama el principio fundamental de la diversidad étnica y cultural.

17 En la Constitución, varios artículos protegen el territorio indígena y sus autoridades. El artículo 10.º, reconocimiento de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos; el artículo 96, sobre nacionalidad de los domiciliados en territorios fronterizos; el artículo 246, sobre jurisdicción indígena; el artículo 271 sobre circunscripción nacional especial para elegir senadores y el artículo 329, sobre entidades territoriales indígenas.

18 Territorio declarado constitucionalmente inalienable, imprescriptible e inembargable.

19 Pluralismo aparente: “El derecho estatal decide reconocer la existencia de otros ordenamientos jurídicos, subordinándolos y condicionando su validez” (se hace referencia a un orden social o jurídico determinado) (GRIFFITHS, ENGLE MERRY y TAMANAHA, 2007).

20 Según el censo de 2005, hay 1.375.000 indígenas (3.4% de la población nacional).

21 Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado que las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales. Ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Con base en lo anterior, ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales es

En el marco de la OEA (Corte Interamericana y Comisión) la meta ha sido precisa en el sentido de proteger los derechos de los pueblos indígenas y la toma de medidas necesarias para proteger la vida, la libertad, el patrimonio y su dignidad.

En el marco de la ONU (tratados, declaraciones y recomendaciones), se reivindica la autonomía de cada pueblo en el sentido del derecho a escoger y determinar el sistema social. La comunidad debe ser gestora de su propio destino y disponer de su propio estatuto cultural, social y político.

Es importante destacar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 2007 por su objetivo de proteger el patrimonio común de la humanidad. Se hace énfasis en que para proteger esa diversidad como *base vital* de los pueblos indígenas es necesario preservar: el medio ambiente y su forma de desarrollo de acuerdo con sus necesidades e intereses; la libre determinación; la consulta y la tolerancia en aras de un multiculturalismo recíproco<sup>22</sup>.

#### – *Fundamento ético*

Es la dignidad de los seres humanos (individual o colectivamente) a fin de respetar la existencia y el mérito de los diferentes planes de vida.

La moralidad del derecho o la justicia (ética pública) tendría como objetivo orientar la organización de la sociedad para que cada “persona” pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de dignidad y pueda desarrollar su ética “privada” y su empoderamiento. Este objetivo se materializaría en una sociedad tolerante. Tal como diría RAWLS, citado por el profesor VILLAR BORDA, “no se puede imponer un orden liberal en todas las sociedades, sin tener además en cuenta su Estado de desarrollo económico, social y cultural, o simplemente las ideas de justicia y de tradiciones y hábitos culturales” (VILLAR BORDA, 2005).

Parte de la tolerancia es que una sociedad liberal respete a otro tipo de sociedades. La condición *sine qua non* de ese acuerdo es el respeto a los derechos humanos como “derechos mínimos”<sup>23</sup>.

titular la comunidad indígena, son básicamente el derecho a la subsistencia derivado de la protección constitucional a la vida, el derecho a la integridad cultural y derecho a la participación.

El pueblo arhuaco tiene la posibilidad de ejercer todas las prerrogativas que dimanarían de su derecho fundamental a la propiedad colectiva, las cuales sólo podrían resultar limitadas en el caso de enfrentarse a intereses o bienes constitucionales de mayor importancia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-510 de 1998.

22 El artículo 7.º de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce “el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún genocidio ni a ningún acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños de un grupo a otro grupo”.

23 La Corte Constitucional, en el caso de la sanción paez del fueite observa la relatividad

– *Fundamento político*

Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que implica un Estado participativo e incluyente con los diferentes. En otras palabras, es aceptar la ciudadanía diferenciada y multicultural. Esos derechos, según KYMLICKA, tendrían dos límites: a. que no conduzcan al dominio de un grupo sobre otros; b. que no permitan la opresión del grupo sobre sus miembros.

El principio de diversidad étnica y cultural está conectado con el principio de igualdad y no discriminación, consagrado constitucionalmente<sup>24</sup>. Se debe resaltar la especificidad de los pueblos indígenas y su alto grado de vulnerabilidad que exigiría al Estado equilibrar las diferencias socioeconómicas y culturales.

La Corte decide que el derecho admite un tratamiento diferente a personas disímiles. Un trato diferente se explica por el hecho de que nuevos sujetos tienen nuevos derechos específicos, en consecuencia distintos, en esa medida pueden conservar sus diferencias en relación con otros (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-02 de 1992).

– *Fundamento histórico-sociológico*

La protección del derecho a la diversidad se explica por la historia. Ella muestra un desconocimiento e indiferencia de las culturas ancestrales, por un lado, y, por otro, los hechos permanentes de agresión (material, política

de la punición, de las dignidades y de la armonía cultural. “[...] No porque una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y el caso específico de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exigen el máximo respeto” (sic). Esta sanción es una sanción interiorizada en la comunidad y necesaria para la purificación. La Corte Constitucional hizo un análisis multicultural y mostró como no es una tortura y menos un trato cruel, degradante y humillante, en el contexto de ese pueblo indígena. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 de 1997.

24 El principio de igualdad debe ser conciliado con el de diversidad; asimismo hace la diferencia entre discriminación y diferenciación, teniendo en cuenta las siguientes condiciones: si las personas se encuentran realmente en situaciones diferentes; si el trato diferente tiene una finalidad; si ese trato es razonable de acuerdo con los principios y valores constitucionales. Para hablar de racionalidad interna debe haber coherencia y proporcionalidad entre la situación, el fin y el trato –comunidad raizal de San Andrés y Providencia. CORTE CONSTITUCIONAL (1993). Sentencia C-530 de 1994.

Además de lo anterior, en el caso de los indígenas nukak makú, declara que la situación de la comunidad indígena exige que se les dispense (respetando su idiosincrasia y diversidad cultural) un trato excepcional y preferencial por parte del Estado que logre realizar la verdadera igualdad, material y jurídica, pues mientras no se atiendan las necesidades humanas insatisfechas, predicables de toda persona humana, no podrán superar los factores que han servido para estructurar una discriminación en su contra por los demás grupos humanos que los consideran diferentes física e intelectualmente, y si se quiere hasta carentes de algunos derechos. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-342 de 1994.

y de discriminación) contra los sujetos colectivos. Es lo que se conoce en la teoría del pluralismo jurídico clásico como el derecho de los pueblos colonizados. Clásico en el sentido que se arrogaba la metrópoli el poder de reconocer o no los derechos de los pueblos colonizados con base en la cláusula de repugnancia, la cual significaba que “en los contextos coloniales la metrópoli acepta la vigencia de los ‘usos y costumbres’ de los pueblos autóctonos, sometiendo su validez al respeto de los principios básicos del derecho oficial” (GRIFFITHS, ENGLE MERRY y TAMANAHA, 2007).

En Colombia existen 87 pueblos indígenas, 34 de ellos en peligro de extinción. Lo anterior muestra el desconocimiento de las riquezas del otro y de la negación de construcciones multiculturales en pie de igualdad.

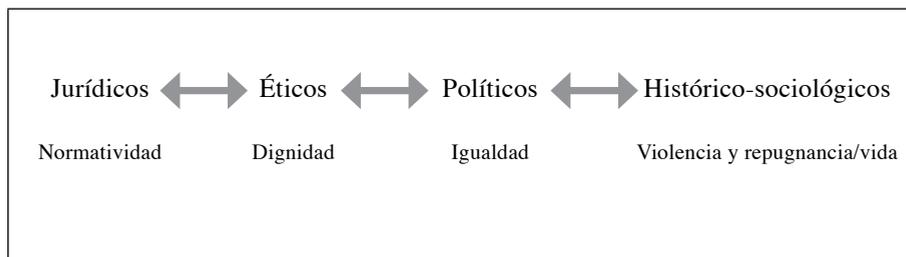
A pesar de que la historia muestra que las violaciones a los derechos humanos no cesan, la realidad social es indiferente y repetitiva. Tal como se vio con el pueblo u’wa “se vulneró el territorio sagrado y las redes vitales de ese pueblo, por la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas y se omitió el respeto a la integridad cultural, social y económica de esas comunidades indígenas”.

Sin embargo, en el caso de la explotación de recursos naturales en área colectiva de las comunidades embera katíos, la Corte declaró la existencia de los límites del bien común y la función social y ecológica de la propiedad. Importa la realidad concreta de lo que significa diversidad étnica y cultural, el respeto de los usos y costumbres indígenas y el *concepto de vida en un sentido amplio*, que concuerda con el respeto del territorio y de su entorno natural<sup>25</sup>. Establece como derechos fundamentales de las colectividades el derecho a la subsistencia, el derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la integridad y el derecho a la participación (consulta) (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 de 1993).

Otra decisión en el mismo sentido protege a las colectividades de ciertas explotaciones que amenazan el derecho fundamental de la integridad étnica y cultural (supervivencia de la comunidad) (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S-007 de 1995).

25 “Las externalidades del sistema capitalista de sometimiento la naturaleza y explotación de los recursos naturales, quebranta la ecuación de equilibrio, en la medida que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos” (sic) (Sentencia T-380 de 1993).

### DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL (FUNDAMENTOS)



### III. PLURALISMO CULTURAL: CASO WAYÚU<sup>26</sup>

El indígena históricamente fue considerado una cosa y, en consecuencia, un “no ciudadano”, incapaz<sup>27</sup> social y culturalmente. Sin embargo, existieron intentos de leyes y bulas papales de protección sin lograr ese objetivo, ya que el régimen esclavista y de despojos territoriales fue permanente.

En el trascurso histórico hubo leyes que reconocieron la particularidad cultural del indígena, de sus costumbres (1887), sin contrarrestar el poder evangelizador y reductor de la Iglesia, que jugó un papel fundamental en la educación y en lo que se conoció como proceso de “civilización” del indígena.

Estudio de caso:

La relación de parentesco pertenece a la lógica *crow*. MURDOCK define el sistema *crow* como el hecho de que “los hijos de la hermana del padre son llamados por los términos: el tío o la tía paternal; mientras que los hijos del hermano de la madre son clasificados en la misma categoría que los nietos y las nietas fraternales de Ego”<sup>28</sup>.

La lógica del parentesco wayúu es *matrilineal* (GUERRA CURVELO, 2002). Sin embargo, en ciertas situaciones de conflicto los *apüshi* y los *oupayu* (parientes paternos y maternos) se tienen en cuenta para el manejo de los pagos. Comprende la abuela materna, madre, tío materno, “nieto” y “nieta”<sup>29</sup>.

26 Este capítulo tiene en cuenta los trabajos de MICHEL PERRIN, JEAN GUY GOULET, VIRGINIA GUTIÉRREZ DE PINEDA, F. RENÉ PICÓN y WEILDLER GUERRA CURVELO.

27 El las legislaciones penales (1980) anteriores, el indígena se había considerado inimputable por su inmadurez psicológica. Ya en el 2000, esa inimputabilidad se aclara en el sentido de que esa persona pertenece a un grupo étnico y al tener otra cosmovisión debe ser declarado libre. Así mismo, la Corte Constitucional en su Sentencia 370 de 2002 dice que en general la diversidad cultural puede llegar a ser un error de derecho, insuperable por su condición cultural.

28 “Par le fait que ‘les enfants de la sœur du père sont désignés par le même terme que l’oncle ou la tante paternelle, tandis que les enfants du frère de la mère sont rangés dans la même catégorie que les neveux et les nièces fraternels de ‘Ego’”.

29 Hijos de la hermana de la madre.

El tío maternal recibirá la pertenencia al clan, el linaje con los derechos y obligaciones y así acogerá los bienes materiales y la posición social. Este análisis nos hace pensar en la teoría de LEVI STRAUSS de la alianza, elaborada sobre la base de la evidencia etnográfica de sociedades no europeas en las cuales se observaron fuertes vínculos de consanguinidad y afinidad.

Claro está que existe la *familia nuclear*, compuesta por la madre/esposa, el padre/esposo y sus hijos no casados.

Las *familias nucleares* están reagrupadas en un conjunto de habitaciones donde viven las hermanas casadas, con sus maridos e hijos, en la vecindad de la casa de la madre. Es una clase de residencia *matrilocal*.

Cuando un wayúu se encuentra en un conflicto, se resolverá en ese ámbito con ayuda del tío maternal, quien tiene toda la autoridad y debe ser obedecido.

El matrilineaje extendido se encuentra encima del grupo precedente (familias nucleares), reagrupa dos o tres linajes mínimos y bajo la autoridad de un *alaula*. Esta estructura familiar es la más extendida y se expresa en la responsabilidad colectiva y la ayuda al grupo social.

A nivel espiritual, el mito de la creación (*Maleiwa*) “organiza” la comunidad en clanes<sup>30</sup> y es (el tío materno es el jefe, el anciano, el sabio) la que tiene una gran incidencia en el ámbito familiar, jurídico y militar. Lo anterior es fundamental en el manejo de los conflictos y las situaciones problemáticas.

Dentro de lo que es el ciclo de la vida, es importante rescatar cómo se entiende la concepción de un hijo(a): es la unión de la madre (carne<sup>31</sup>), el padre (sangre) y un tercer elemento, la semilla del sueño dada por la luna. En el transcurso de la vida los padres le enseñan a cada hijo(a) sus labores correspondientes.

La mujer tiene una ceremonia importante en el paso a la adolescencia, cuando se convierte en adulta y está apta para el matrimonio. Para éste, existen reglas sociales, prohibiciones y preferencias por cuestiones económicas y de parentesco.

El *matrimonio* se materializa por el pago del “precio de la novia” con base en los principios de reciprocidad y solidaridad entre los grupos. Lo anterior se fundamenta en que todo momento importante de la cultura wayúu tiene

30 El clan *wayúu* es una categoría no coordinada de las personas que comparten un nombre y un ancestro mítico. No están unidos ni en el matrimonio ni en la reparación o precio de la sangre. Esa unión por la “carne” es muy importante en el segundo entierro no por la cuestión económica (GUERRA CURVELO, 2002).

31 “Il ne s’agit pas d’une pure chair qui fait de l’enfant un être humain pur et simple, c’est une chair qui porte des marques lignagères et claniques et le relie á ses parents en ligne maternelle” (“No se trata de la pura y simple carne que hace que del niño un ser humano, es la carne que tiene las marcas del linaje, del clan y lo une a sus padres en línea maternal”).

una meta precisa que es el equilibrio y la armonía. Es así que cada “ruptura” debe movilizar al grupo social y a las redes del clan.

La mujer es un sujeto que da la estabilidad al grupo y es mediadora indirecta en la regulación de los conflictos.

En el mismo ciclo de la vida está la “muerte” en un sentido de la inmortalidad. La muerte es el Edén, el más allá de las tierras habitables por los vivos.

En el primer entierro, la persona “muerta” tendrá provisiones para el viaje al más allá. Será “llorada” por las mujeres y acompañada por todos los invitados del clan y del matrilinaje, quienes recibirán carne de animal en aras de una reciprocidad diferida.

En el segundo entierro (exhumación) hay muchos presentes y compensaciones por el dolor de las personas en duelo. Las cenizas de ese segundo entierro deberán ser guardadas en el cementerio de la familia matrilineal, que alimentan el mundo y ocupan el lugar de los ancestros.

El mundo wayúu comprende lo visible y lo invisible. Existen los mitos (*juya* y *pulowi*) que muestran el significado masculino (movilidad) y femenino (permanencia). Estos mitos están relacionados con la “muerte” como una deuda impagable por haber utilizado la naturaleza de una manera ilimitada.

Los sueños son reveladores de las diversas realidades. Hay una relación de continuidad entre el estar despierto y el estar dormido. Es una sociedad que se comunica con la realidad sobrenatural, crea una reciprocidad de relaciones entre cultura-sueños/sueños-cultura. Soñar abre la puerta a otros reinos. Soñar es una sensación, un proceso en nuestro cuerpo, pero un acceso al más allá (*Jepira*).

La tarea del chamanismo comienza con los sueños, con fumar el tabaco y con la curación de enfermedades individuales y colectivas. El chamanismo tiene una función central en esta cultura del más allá, ya que el chamán se puede comunicar con el otro mundo, curar y así recibir su pago. Las realidades están entrelazadas y la naturaleza y la cultura conjugan todos los elementos que las componen. Y queda la pregunta sobre quién es el palabrero, cual es la función de la palabra y de la compensación en la cultura wayúu.

#### IV. PLURALISMO JURÍDICO: CASO WAYÚU

En nuestra sociedad se habla de la existencia de delitos que deben resolverse a través de la vía del derecho penal: una ruta ya construida que estigmatiza a los individuos, causa dolor y encierra el abanico de respuestas a los eventos. El lenguaje y la reconstrucción son limitados.

Así mismo, la reacción social es deprimente e irracional. Se ha creado la institución de la prisión, que por sus objetivos de rehabilitación, prevención general y especial hace caer la institución en un terreno movedizo.

A pesar de que el discurso oficial reserva al derecho la gestión de los conflictos, éstos con frecuencia son tratados paralelamente o de otra manera. A veces son tomados a cargo de los directamente interesados, a veces se movilizan otras instancias que no pertenecen a la justicia oficial (escuela, iglesias, mundo médico, trabajo social, la comunidad, la familia, etc.). Incluso dentro de la justicia oficial a veces se puede escoger la jurisdicción (civil, administrativa, penal, etc.).

Es por esta razón, entre otras, por lo que frente a una justicia retributiva me pregunto: ¿no existen otras justicias racionales y cercanas a los intereses y valores de la comunidad?, ¿quién da la legitimidad a las decisiones de justicia?

En otros contextos existen situaciones problemáticas (SP)<sup>32</sup> tratadas de una manera más flexible, con base en el saber empírico y con apertura a otros esquemas de interpretación. Las situaciones-problema invitan a hacer un análisis situacional. La SP invita a hacernos la siguiente pregunta: “¿A quién le causa conflicto las SP?”; incita a pensar que hay interacciones punibles sin “culpable”; las SP critican el lenguaje jurídico legal y nos incitan a no usar sin precaución cadenas conceptuales que lleven a la criminalización; las SP movilizan los saberes empíricos para conocer las percepciones/construcciones del derecho; las SP nos ayudan a reflexionar sobre los valores sociales e institucionales; las SP nos permiten tomar conciencia de las diferencias entre sistemas jurídicos indígenas y occidentales y nos invitan a reflexionar sobre la realidad de los derechos fundamentales.

La “delincuencia” es una construcción socioteórica (NILS, 2000). Los actos existen, pero se les pueden dar significados diferentes: pueden ser vistos como buenos, neutros o malos. La definición dada por CHRISTIE no es objetiva. El profesor CHRISTIE hace depender todas las clasificaciones de lo que podemos llamar la “subjetividad sociocultural”. El mismo acto puede ser llamado de diferente manera en los diversos sistemas paralelos. La “delincuencia” existe solamente desde el momento en que se considere que ese acto debe ser un delito y el actor, un delincuente. Es una manera, pero una entre otras, de clasificar los actos que consideramos deplorables.

Por ejemplo, en la sociedad wayúu<sup>33</sup>, y de acuerdo con sus valores<sup>34</sup>, las reconstrucciones sociojurídicas no son estáticas. Es un sistema indeterminado, no tiene un código escrito de antemano. Existe la libertad de discusión, de reflexión, y, de esa manera, se decide el modo de solucionar las SP.

El concepto de SP (HULSMAN, 1984) tiene un valor particular en el mundo porque ellos no conocen un código sistemático de clasificaciones penales. Los

32 Concepto desarrollado por el profesor LOUK HULSMAN.

33 Sociedad tradicional indígena.

34 Es importante la defensa de la sangre, del honor, de la mujer, de la integridad, de la propiedad de los animales; la vida individual y de la colectividad, de la palabra, de la dignidad, del territorio, de los procesos de jerarquización social, de las autoridades y del mundo espiritual.

grupos implicados en una situación problema participan en su solución y su reacción no es previsible a priori, posee un grado notable de indeterminación<sup>35</sup>.

1. La *dignidad* es la columna vertebral de una sociedad pacífica (en la vida y en la muerte). La sociedad exige respeto entre sus miembros (hombre y mujer) en todas las interacciones sociales. El respeto por la dignidad ayuda a construir una sociedad y una familia pacífica. La mujer tiene un papel fundamental en prevenir y manejar las SP, en aras de la dignidad y del honor. El ser digno es respetar la palabra, reconocer la falta y pagar (compensación); es la imagen de un verdadero *wayúu*. Una persona digna prefiere pagar que morir o escuchar durante mucho tiempo las súplicas de las mujeres a favor de un arreglo pacífico.

2. *El respeto y el manejo de la palabra* es sinónimo de comunicación, prudencia y tolerancia. Un buen palabrero es el que recurre a la palabra y no a la fuerza. El que se expresa a través de una palabra, se compromete con ella y con sus consecuencias; y quien da la palabra y no la cumple causa una situación problemática, que debe resolverse mediante el pago.

3. *La vida y la integridad* son valores fundamentales para la existencia del indígena y de su colectividad. La vida (sangre), en el sentido más extenso, es un concepto que tiene en cuenta la importancia de que la colectividad viva integralmente y que la respeten en sus valores de cultura y naturaleza. La vida se defiende y se paga en caso de haber sido vulnerada.

4. *El territorio y la propiedad colectiva* son sagrados para la existencia y la identidad de la comunidad. El territorio existe ancestralmente, por proximidad entre las rancherías y por explotación de los recursos. Las SP no son por la “propiedad”, sino más bien por el valor del territorio ancestral, el control de las tierras y de los puntos de agua. El que atente contra el entorno y sus lugares sagrados compromete la existencia cultural y colectiva de la comunidad. Los *wayúu* basan los mecanismos de control territorial sobre los principios de anterioridad, proximidad y subsistencia. Las fricciones surgen cuando los grupos familiares pretenden el uno sobre el otro ganarse un territorio por ocupación anterior.

5. *La familia y el estatuto social* se deben respetar. Se deben venerar sus autoridades, bienes y personas en sus diferentes edades y nexos familiares. El atentar contra las autoridades, los bienes y los compromisos supone consecuencias: restitución de lo pagado y defensa de su estatus social, preservándolo o subiéndolo de rango.

6. Por último, *el mundo de los espíritus* une lo que es para los *wayúu* el ciclo de la vida y la muerte, el mundo profano y el “otro mundo” donde

35 SELON N. ROULAND: “La justice traditionnelle tend moins á appliquer des normes préétablies qui á parvenir á l’instauration d’un équilibre social suite á une perturbation” (“La justicia tradicional tiende a aplicar menos normas preestablecidas que a lograr un equilibrio social después de una perturbación”).

reinan muchos espíritus que son los maestros de la tierra, de los animales y de todo el mundo *wayúu*. La tierra, los cementerios son lugares sagrados; atentar contra ellos es atentar contra el mundo espiritual y eso lleva a exigir una compensación.

#### A. LA SOCIABILIDAD VINDICATORIA Y LA REPARACIÓN<sup>36</sup>

Históricamente siempre se ha dicho que frente a un daño hay que reparar, o sea, ante toda acción es importante una contraacción que logre la reversibilidad del tiempo. Es lo que se conoce como la *restitutio in integrum*.

En el sistema vindicatorio la contraacción es cultural y social. La deuda es social. Es un proceso que busca un intercambio a fin de equilibrar las fuerzas de los adversarios y de los poderes.

El sistema vindicatorio se opone a lo vindicativo<sup>37</sup> como lo cultural a lo natural, es un modo de vida, un tipo de sociabilidad, una manera de articular la rivalidad con el mantenimiento de los lazos sociales.

Cuando una lesión surge (VERDIER, 1980) contra un individuo, se produce una doble solidaridad conflictual: una alrededor de la víctima y la otra alrededor del agresor. Entre los dos grupos familiares se activan lazos de deuda, de intercambio y de vida.

En los wayúu encuentra el espíritu vindicatorio. El juego de intercambios reparadores de la identidad (física y ética: pérdida de capital de vida) es el mantenimiento de los lazos entre las personas en conflicto o entre los grupos implicados.

#### B. LOS TRES CÍRCULOS

La regulación social con el empleo eventual de la coacción se distribuye en tres círculos distintos y concéntricos.

Existen tres círculos en la reparación, que se realiza de manera variada, según la distancia que se dé entre los involucrados en la situación problemática.

Cuanta mayor proximidad parental y residencial haya, la solución es cercana y no habría respuesta vindicatoria, pues todos sufren los efectos de la SP. Es el yo colectivo. (1). En los wayúu, si el conflicto pertenece al primer

36 Utilizamos fundamentalmente los trabajos de WEILDLER GUERRA C., MICHEL PERRIN, RAYMOND VERDIER, GERARD COURTOIS, G. GOULET y las investigaciones del Centre de recherches "Droit et Cultures de Paris x Nanterre".

37 Tiene que ver con la psicología de un sujeto individual agredido, con sentimientos de venganza violenta y desmedida.

círculo, un pariente matrilineal (el *alaula* o el tío maternal) interviene para buscar una solución a través de la palabra.

Si no hay lazos sociales (3) existe una gran distancia entre las partes involucradas. No habría acción vindicatoria, pues no hay nexos que cuidar. Es el mundo de la guerra. En el mundo wayúu/guajiro existen conflictos con extranjeros, pero no conciernen al corazón de la cultura.

A veces, si el conflicto es entre un wayúu y un “extranjero”, la solución depende de las circunstancias. Es allí donde existe la colaboración de las instituciones nacionales, y lo más importante: la Corte Constitucional. Es interesante el trabajo intercultural, en el cual la Corte reconoce las fortalezas del diálogo intercultural y del pluralismo jurídico y cultural<sup>38</sup>.

### C. LOS DOS MODOS DE REPARACIÓN WAYÚU

En el intermedio de los tres círculos existe un espacio social de intercambios<sup>39</sup> (2), donde se juega la lucha por el reconocimiento recíproco, y es donde se da la verdadera relación vindicatoria. En este círculo interviene el palabrero<sup>40</sup>.

38 1. Sentencia C-053 de 1999, que decide que la protección de la riqueza cultural es un fin del Estado y por esta razón la Corte declara que en las regiones del país que tienen identidad lingüística propia, reconocida como oficial, se está en el derecho de exigir que un profesor no ignore el uso de la lengua local; 2. Sentencia C-058 de 1994, que declara que no se viola el derecho a la igualdad cuando se da un tratamiento diferente a los indígenas, ya que la distinción se basa en las particularidades del medio cultural en el cual se construyen sus vidas y en el cual adquieren su identidad; 3. Sentencia T-377 de 1994, que declara, en relación con la práctica de la medicina, que no puede afectar la actividad de los chamanes ninguna orden, pues ella está protegida por el principio de diversidad étnica. Se materializa el artículo 26 de la Constitución, que dice “[...] Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social”; 4. Sentencia SU-039 de 1997, que declara que la participación de la comunidad indígena en las decisiones es fundamental y más en las que pueden afectarse con la explotación de los recursos naturales. Ofrece como particularidad que la participación, a través de mecanismos de consulta, adquiere la noción de derechos fundamentales, pues se erige en un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de la comunidad indígena y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social; 5. Sentencia T-652 de 1998, que declara el carácter de fundamental el derecho a la propiedad colectiva del territorio de los grupos étnicos, no solo por su valor económico sino también por la relación del territorio y sus cosmogonías amerindias. Lo anterior, como soporte material indispensable al desarrollo de formas culturales y de valores espirituales que le son propios.

39 “La vraie place de la relation vindicatoire, est dans l’entre-deux, dans le cercle intermédiaire: l’espace social des échanges, matrimoniaux et économiques, celui où se joue la lutte indéciée pour la reconnaissance réciproque.” (“La verdadera relación vindicatoria está entre los dos círculos, en el círculo del intermedio: el espacio social de intercambios, matrimoniales y económicos donde se juega la lucha indecisa de reconocimiento recíproco.”)

40 Existen también fenómenos de colaboración y de mediación entre las dos jurisdicciones, indígena y nacional.

Para el pueblo wayúu predomina la costumbre (“sukwaitpa”); cuando se presenta una situación problemática (“putchi”) es importante una reparación (“mauna”). En una sociedad de lazos existen dos posibilidades:

1. El pago realizado mediante un intermediario es lo que se conoce como el precio por la sangre. La venganza por la sangre permitiría garantizar la efectividad de las costumbres más moderadas que organizan la reparación como una forma de transferencia de lo equivalente. La compensación en los wayúu tiene como requisito *sine qua non* la participación de un número importante de parientes y tiempo para la recolección. La compensación incluye animales, collares de oro, coral, piedras de origen arqueológico y hoy en día utilizan la moneda. La compensación entra al capital simbólico de la familia.

Si se ha optado por la compensación (transferencia de bienes), generalmente es en los siguientes casos (COURTOIS, 2010): 1. la violencia inicial ha sido accidental; 2. en sociedades donde la sangre es más importante que el honor, prefieren las salidas no violentas; 3. cuando los dos grupos en conflicto están muy relacionados, existe una razón muy fuerte para privilegiar el arreglo negociado; 4. en sociedades como la wayúu, donde los mediadores tienen un rol trascendental; y, por último, 5. si el grupo ofendido es débil se preferirá la salida negociada.

En una sociedad como la wayúu, sin “Estado”, en un conflicto entre dos grupos es un tercero próximo por la residencia o relacionado con una de las partes quien manejará la mediación. Los grupos están interesados en una salida negociada en aras de la paz comunitaria. En el caso wayúu es el anciano o el tío o el palabrero<sup>41</sup> quien ayuda a buscar esa salida. En la SP nunca una persona se encontrará sola, estará secundada por la solidaridad familiar.

2. *La violencia ritualizada y legitimizada* es una venganza por el incumplimiento de una *deuda* y por no haber podido llegar a una negociación. Los actos de franca hostilidad surgen cuando el procedimiento no funciona y el grupo que “envió” la palabra no está satisfecho con la situación.

SALER habla de situaciones en que la salida es violenta: 1. cuando una ofensa es seria, reincidente e incisiva; 2. cuando la ofensa y las circunstancias que la acompañan suscitan pasiones excepcionales; 3. cuando los adversarios son débiles y no pueden pagar una compensación; y 4. cuando la venganza es una estrategia calculada para alejar los “enemigos” de sus tierras o para tomar sus bienes.

41 El palabrero es un anciano, con un gran valor personal, con prudencia, respeto por los otros, objetivo, un gran manejo de la palabra, habilidad de negociar y sobre todo de escuchar, para llegar a un acuerdo. El palabrero tiene origen mítico de sabiduría (el pájaro *Utta*) y por sus fortalezas busca variedad de medios para llegar a diversos fines. Tiene un gran espíritu de compromiso con los grupos en conflicto. Es un mediador sin poder de coacción.

Para finalizar, las costumbres *wayúu* se entremezclan excepcionalmente con el Estado central a manera de colaboración y de una nueva “legitimación”.

## V. CONCLUSIONES

– Para hablar verdaderamente de diversidad étnica y cultural es importante reconocer un pluralismo igualitario y no unitario.

– Reconocer a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos fundamentales y con una existencia de vida que debe ser protegida independientemente de las existencias individuales.

– La interculturalidad debe ser recíproca entre los diferentes grupos y sistema jurídicos. La interculturalidad se construye caso por caso, es importante evitar las generalizaciones.

– La justicia restaurativa aparece como un paradigma alternativo que nos invita a relativizar las nociones tradicionales de delito y pena. Ese modelo nos invitaría a reflexionar en otros modelos e identidades transculturales para que la justicia sea más real y efectiva, de acuerdo con las estructuras sociales en juego.

– Al observar la comunidad tradicional *wayúu* me doy cuenta de que las estructuras sociales diversas dan una estructura jurídica diversa. De acuerdo con sus valores se definen los comportamientos y los controles sociales. La justicia restaurativa *wayúu* busca reconciliar los grupos involucrados en el conflicto con el fin de compensar y reparar el daño y los lazos sociales alterados.

– Las soluciones se construyen en el momento del conflicto y de acuerdo con las interacciones y las intermediaciones. La dinámica está abierta a la palabra a través del palabrero y de sus interlocutores. Desde el momento en que la situación problemática aparece, el grupo administra la situación. El mediador es escogido por los grupos por su prestigio y conocimiento de las comunidades. Lo anterior implica conocimiento y cercanía con el fin de entender más las situaciones problemáticas.

## BIBLIOGRAFÍA

BERGER, T. y P. LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1999.

BORILLO, D. *Principio de igualdad y no discriminación* (en prensa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

COURTOIS, G. *Vengeance et réparation dans une société sans état, le cas des wayúu. La résolution des conflits* (s. d.), 2010.

GUERRA CURVELO, W. *La disputa y la palabra. La ley en la sociedad wayúu*, Bogotá, Panamericana, 2002.

HULSMAN, L. *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, Ariel, 1984.

MUÑOZ, G. *Hostilidades y hospitalidades*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

NILS, C. *Le controle social comme industrie. Vers un Nouvel Holocausto*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

ROULAND, N. *L'antropologie juridique*, París, PUF, 2000.

SEBASTIAN, L. DE. *De la esclavitud a los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 2000.

VERDIER, R. *Le systeme vindicatoire. La vengeance TI*, 1980.

VILLAR BORDA, L. *derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

#### JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-02 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 de 1996.