



LA JUSTICIA RESTAURATIVA A PARTIR DEL DERECHO

CONSUECUDINARIO WAYÚU

VALENTINA DAZA BRITO

DR. ANDRÉS FELIPE DUQUE PEDROZA

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2021

Declaración de originalidad

Fecha: 30 de junio de 2021

Nombre del estudiante: Valentina Daza Brito

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Valentina
Daza B.

A handwritten signature in black ink that reads "Valentina Daza B." with a small flourish at the end of the last letter. Below the signature, there is a small, faint watermark that says "Scanned with CamScanner".

Valentina Daza Brito

LA JUSTICIA RESTAURATIVA A PARTIR DEL DERECHO CONSUECUDINARIO WAYÚU

RESTORATIVE JUSTICE BASED ON WAYÚU CUSTOMARY LAW

Tabla de contenido

Introducción.....	6
Caso de Nueva Zelanda y la Justicia Maorí	12
Características de la Justicia Maorí	12
Aplicación en el Derecho Ordinario.....	13
Caso de América del Norte (Estados Unidos y Canadá) y los Círculos	14
Círculos y Círculos de Sentencia	14
Capítulo I	16
1. Sistema Consuetudinario Wayúu	16
1.1. Principios del Sistema Consuetudinario Wayúu	17
1.1.3. La palabra es sagrada.....	18
1.1.4. La Mujer es el Punto de Partida del Clan.....	19
1.1.5. No Hay Culpa Sino Daños y Perjuicios	20
1.1.6. Los Conflictos se Resuelven Mediante el Diálogo	20
1.2. Leyes que Conforman el Sistema Consuetudinario Wayúu.....	22
1.3. Forma de Resolución de Conflictos	22
1.3.1. Procedimiento para Reclamar una Falta, Ofensa o Delito	22
1.3.2. Reparación y Compensación	23
1.3.3. La Reconciliación	25
Capítulo II	26
2. El Sistema Penal colombiano y la aplicación que hace de la Justicia Restaurativa.....	26
2.1 Comparación entre el Sistema de Justicia penal Wayúu y el Sistema Penal ordinario.....	34

Capítulo III	38
3. Contraste entre la Justicia penal Wayúu y el concepto de Justicia Restaurativa	41
Conclusiones	47
Referencias	52

Resumen: La presente investigación explora el sistema normativo indígena consuetudinario wayúu: sus formas, procesos y procedimientos implementados

para la resolución de conflictos dentro de la comunidad, en la cual priman medios de resolución de conflictos que involucran, esencialmente, la conciliación. Este proceso se le encarga a un palabrero o putchipü. Por otro lado, se estudian las formas de reparación y restitución a las víctimas y a la comunidad; con el fin de hacer un análisis sobre la legitimidad de aplicar estos valores dentro de una regulación de resolución de conflictos propia de el Sistema Ordinario colombiano, llamada Justicia Restaurativa.

Palabras clave: Justicia restaurativa, resolución de conflictos, comunidades indígenas, jurisdicción indígena, pueblo Wayúu, palabrero, Colombia

Abstract: The paper explores the norms and customs of the Wayuu indigenous tribe. In particular, we explore the methods and procedures they implement to resolve conflicts within their own society. What we find is that system involves a leader known as "putchipu". Who hold a vital role and rank within the society. They are responsible for ensuring the victim's restitution back into the society, and repairing their lives. We hope to analyze and put forward a plan to apply these values into the regulatory system for resolution of conflicts in the Colombian system of "Restorative Justice".

Keywords: restorative Justice, dispute resolution, indigenous communities, indigenous jurisdiction, Wayúu tribe, palabrero, Colombia.

Amo[^]otsoliaa: Alüwatayaa akuipa[^]a nutümaa putchipü supülaa anottia akuipa[^]a Sünaii wanee yot'oo sülaajayaa akuipa[^]a supülaa anajiiraawa.

Pütchii choujasü: asirüü, maünnaa, neepiapalaa wayuú, putchipü, koloowpia

"Todos hablan de sus claustros de educación"

Por esta razón yo también debo hablar de los claustros donde me educó la naturaleza”.

Manuel Quintin Lame, indígena Nasa

Introducción

Si bien se podría argumentar que la validez de la cosmovisión y de la justicia indígena sigue estando subordinada a la potestad del Estado de reconocerla, yo me

pregunto si más allá del reconocimiento de ciertos derechos a los pueblos indígenas, no habría algo que aprender de sus cosmovisiones. Tal vez, si dejamos un poco de lado esta idea del individuo racional que heredamos de la modernidad europea y nos planteamos la posibilidad de vernos interrelacionados los unos con los otros, y con la naturaleza, podríamos escuchar a los seres humanos que han cometido faltas y sanarnos como comunidad. Quizás, así también dejemos de maltratar la naturaleza y de verla como una herramienta para el régimen de acumulación vigente. (Arrocha, 2018).

El Derecho Indígena en Colombia encuentra su fundamento jurídico en los artículos 1, 7, 8, 70 y 330 de la Constitución Política, así como en el Convenio 169 de 1969 aprobado por Colombia por tanto integrante del Bloque de Constitucionalidad.

A este particular derecho se le reconoce autonomía y autodeterminación, según la Sentencia Sentencia T-063/19, los artículos 171, 176, 246, 286, 329 y 330 constitucionales y el Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con los artículos 171 y 176 se les reconoce el derecho a consolidar y determinar sus organismos políticos, y definir las circunscripciones especiales para la elección de senadores y representantes; el artículo 246 de la Carta, se refiere a la jurisdicción indígena, regida por sus leyes, usos y costumbres, a los elementos humanos, orgánicos, normativos, geográficos-y los artículos 286, 329 y 330 CP reconocen las entidades territoriales de las comunidades indígenas y el derecho de gobernarse por autoridades propias, sujetas a sus usos y costumbres (Corte constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-063/19, 2019).

Particularmente, en relación con esta última garantía, esta es, la facultad de gobernarse por autoridades propias, se les reconoce el derecho de las comunidades indígena a escoger la modalidad de gobierno; consolidar y determinar sus autoridades tradicionales; señalar los procedimientos y requisitos de elección y definir las funciones que a estas les corresponde. En esa medida, los consejos por medio de los cuales están gobernados los territorios indígenas están conformados y reglamentados según sus usos y costumbres, y les corresponde, entre otras

funciones, diseñar sus políticas, planes y programas de desarrollo; promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; percibir y distribuir los recursos; velar por la preservación de los recursos naturales; coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio y velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios (artículos 246 y 330 CP) (Corte constitucional, Sala Quinta de Revisión , T-063/19, 2019).

La presente investigación pretende hacer un estudio sobre la forma de administrar justicia y resolver los conflictos de un sistema de derecho indígena en especial que es el Sistema Normativo Consuetudinario Wayuu con la finalidad de encontrar aquellos conceptos, procesos y valores que se podrían aplicar en el sistema ordinario, haciendo la salvedad de que la intención es que lo complemente y le ayude a mejorar sus falencias en la materialización en el mundo fenomenológico. De ningún modo, se puede entender que es para su reemplazo o aniquilación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que dentro de la comunidad internacional ha habido otros países que se encargaron de hacer una serie de investigaciones de sus comunidades aborígenes y encontraron allí modelos de gestión de conflictos enriquecedores para la construcción de la Justicia Restaurativa, entre esos encontramos: Nueva Zelanda, Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, de los cuales se podría decir que han obtenido resultados positivos como la reducción de la probabilidad de reincidencia, la restauración de relaciones entre las personas implicadas en el conflicto, entre otros.

En Colombia con mayor razón esta práctica debe ser replicada, pues de hecho según la Organización Nacional Indígena de Colombia, esta cuenta con alrededor de 102 comunidades indígenas distintas, las cuales habitan el 25% del territorio nacional y de las que, con seguridad, es posible rescatar aún numerosos aportes valiosos para todo el derecho colombiano, sin embargo, esta investigación sólo se centrará en la comunidad Wayúu contrastada con una parcela del derecho

colombiano como lo es el derecho penal en el marco de el concepto Justicia Restaurativa. (Consejeria Presidenciales para los derecho humanos, 1991).

La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones, así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delincuentes. Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. A través de ellos, el proceso en sí mismo a menudo transforma las relaciones entre la comunidad y el sistema de justicia como un todo (UNODC, 2006, p.6).

Los artículos 518 a 521 de la Ley 906 de 2004 contienen las disposiciones generales sobre justicia restaurativa. Por programa de justicia restaurativa se entiende todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Entiende por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. (Ley 906 de 2004, art. 518)

Así la justicia restaurativa busca rescatar la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario en relación con el daño inferido. Afirmó esta Corporación que el sistema penal debe orientarse a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo

que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica (Corte Constitucional. Sala Plena , 2014, C-387,pp 42-43).

Este modelo de justicia propicia que el ofensor se enfrente con sus propios actos y sus consecuencias, adquiera conciencia sobre el daño generado, reconozca y asuma sus responsabilidades y repare el agravio, lo cual es un enfoque apoyado en las necesidades emocionales, relacionales y reparatorias de los involucrados en el conflicto. Demanda el mayor grado de subsanación posible del daño, bajo un enfoque cooperativo que pretende generar un espacio para que los implicados se reúnan, compartan sus sentimientos y elaboren un plan de reparación que satisfaga intereses y necesidades recíprocas. Todo lo cual encuentra fundamento en el Acto Legislativo 03 de 2002, al expresar en el numeral 7 que la ley fijará los mecanismos de justicia restaurativa (Corte Constitucional. Sala Plena , 2014, C-387).

Ahora bien, aunque muchos autores sitúan el nacimiento de la JR en la década de los 70, los antecedentes más destacables en materia de JR pueden remontarse a los sistemas de justicia tribales de diversas comunidades ancestrales. Entre estos se hallan los sistemas africanos que cuentan con el concepto de "Ubuntu" como la conexión natural de la humanidad de las personas que presta una clara comprensión de la justicia en la que el individuo se ve como parte de la humanidad en conjunto, por cuanto está inevitablemente ligado a todos los demás individuos que la componen. En consecuencia, cualquier daño causado a los demás, es también un daño sobre sí mismo. De este modo, para restablecer el equilibrio en la sociedad y reparar el daño causado, cada parte que ha resultado afectada requiere atención (UNODC. 2019, p.17).

Skelton y Batley (2006) mencionan que la concepción actual de la JR está estrechamente vinculada con el sistema de TOMO 1 / 1 8 justicia tradicional africano, el cual utiliza mecanismos tradicionales para hacer frente a los problemas de la delincuencia. Este derecho consuetudinario no es impulsado por el castigo de

los crímenes que se cometieron, sino que quiere efectuar la reconciliación y corregir lo que salió mal. Para su realización, la comunidad juega un papel central, ya que es responsabilidad de ella disciplinar a los niños cuando cometen un delito, así como trabajar en la reconciliación y la restauración de la armonía.

Según Marshal (1999) citado en UNODC (2019) la JR se ha nutrido de varios modelos de justicia comunitaria como los de las poblaciones indígenas de los cuales se han tomado bases para construir lo que hoy constituyen algunas de las prácticas restaurativas más habituales. Por ejemplo, de Estados Unidos se han adoptado los denominados círculos restaurativos o círculos de sentencia; de Nueva Zelanda, los modelos de resolución de conflictos propios de la justicia maorí, han contribuido al desarrollo de prácticas como las conferencias familiares o comunitarias. Lejos del individualismo, las ideas de la JR proporcionan un enfoque comunitario que propicia una mayor participación de actores distintos a la víctima y al ofensor (UNODC, 2019, p.18).

Varios aspectos del método de justicia restaurativa se encuentran en muchas culturas. En Australia y Canadá la participación nativa informal en procedimientos de sentencia se ha venido dando en comunidades remotas desde hace algún tiempo. En Australia, desde el final de los años 90, esta práctica se ha trasladado a áreas urbanas con la ventaja de las sentencias nativas y las cortes circulares. Las personas nativas, las organizaciones, los miembros de la tercera edad, la familia y los miembros del grupo de parientes son motivados a participar en el proceso de sentencia y a proporcionar a los oficiales su opinión sobre el delito, el carácter de las relaciones víctima-delincuente y qué tan dispuesto está el delincuente a cambiar. Con estos desarrollos, los procesos de la corte se vuelven más adecuados culturalmente y crece la confianza entre comunidades nativas y oficiales judiciales (Marchetti y Daly, 2004).

Los sistemas informales basados en la comunidad, o como son llamados a veces, los sistemas de justicia no estatales, pueden adoptar muchas formas y producir diferentes resultados en términos de acceso a la justicia así como de equidad y justicia. Una característica distintiva de cualquiera de ellos es su

procedimiento informal y deliberado. El resultado, sin embargo, a menudo se decide por arbitraje en lugar de por mediación, y el consentimiento del delincuente a participar no siempre es un requisito. Una pregunta crítica es ¿ofrecen estos sistemas una alternativa viable a los sistemas manejados por el estado? y, de ser así, ¿pueden inspirarse en metas y principios restaurativos? (UNODC, 2006, p, 29).

En las Filipinas, el sistema de justicia Barangay está compuesto por un capitán Barangay electo localmente y un “comité pacificador” que escucha los casos que implican conflictos entre los residentes. Hay una sesión de mediación que es facilitada por el capitán o por otro miembro del comité. Los acuerdos alcanzados a través de este proceso son legales y reconocidos por los tribunales (UNODC, 2006, p. 30).

Aún cuando en las comunidades indígenas se puedan encontrar valiosos aportes jurídicos, a lo que apunta esta investigación, es encontrar aporte que complementen el sistema actual y no que lo reemplacen, pues cuando lo hace termina siendo igual de ineficiente. La propuesta de aplicar algunos valores y conceptos de la justicia wayúu tiene una intención contributiva y no es con el fin de aniquilar el sistema penal ordinario colombiano.

A continuación, se hará referencia a algunos casos en la comunidad internacional que han logrado superiores resultados a partir de la aplicación de justicias nativas de la mano con la justicia ordinaria.

Caso de Nueva Zelanda y la Justicia Maorí

Características de la Justicia Maorí

Para los maoríes, lo importante no es cada persona por separado, sino toda la comunidad, un ejemplo se encuentra en la forma como crían a los niños. Los maoríes viven en tribus, que son grupos de varias familias; en los tiempos de cosecha, la mayoría de los miembros de la tribu están ocupados en las tareas del campo. Unos pocos se quedan en las casas cuidando a los niños más pequeños

como si fueran sus propios hijos, porque los adultos de la tribu se sienten responsables de todos los niños, en consecuencia, con este pensamiento el delito no es concebido como un daño que una persona le hace a otra, por el contrario, es una herida que sufre toda la comunidad y por eso, la comunidad tiene que intervenir para reparar la ofensa.

Los maoríes utilizaron sus principios de justicia durante cientos de años pero cuando los ingleses llegaron a Nueva Zelanda les impusieron otras formas de juzgar. Se instaló una Corte de Justicia y se crearon tribunales y la justicia maorí dejó de aplicarse en la mayoría de los casos. Al mismo tiempo, los maoríes se fueron integrando cada vez más a la sociedad de los ingleses, pero por suerte las creencias y costumbres de los maoríes no han desaparecido del todo, pues recientemente se ha descubierto que pueden beneficiar a mucha gente.

Aplicación en el Derecho Ordinario

En Nueva Zelanda estaba aumentando considerablemente la delincuencia, la reincidencia y con las prisiones llenas, una solución que encontraron para algunos casos de hurto por ejemplo fue aplicar las ideas de la justicia maorí. La aplicación consiste básicamente en una reunión entre el acusado, la víctima y los representantes de la Corte de Justicia, incluso, la víctima y el acusado pueden llegar acompañados por sus familiares o amigos, dicha reunión no se hace como es lo usual en un edificio de la Corte, sino que el lugar puede ser un salón comunal o un negocio, hasta en la casa de la víctima o en la del propio acusado.

La reunión inicia con una conversación en la que la víctima y el acusado dan su opinión sobre el caso, después, la persona que sufrió el daño dice lo que le gustaría que resultara. Finalmente, los representantes de la Corte de Justicia escriben un acuerdo que todas las partes tienen que firmar. En ese acuerdo se indica la compensación que el culpable debe darle a la víctima. En Nueva Zelanda, 9 de cada 10 acusados aceptan firmar el acuerdo y la consecuencia para quien no lo acepta es juzgarlo por la justicia común.

Habiendo observado ya el éxito de esta particular forma de justicia, una pregunta inmediata y simple que puede hacerse el lector es ¿si es tan exitoso para

resolver conflictos en Nueva Zelanda por qué no aplicarlo en Colombia? esta pregunta requiere a su vez una respuesta no tan simple y es que hay que advertir que, pese a lo bien que puede resultar en el país británico, no es necesariamente replicable a los demás conflictos que se dan en otros países, que si bien son parecidos, la forma como reacciona o responde cada sociedad a los incentivos que se puedan utilizar para resolver el problema es distinta en todos los casos, y dependerá de fenómenos culturales, económicos, los niveles de educación, etc.

Esta es una de las razones por las que se hace necesario explorar nuestras propias raíces, y aquellos procesos de culturas que son más cercanas a nosotros.

Caso de América del Norte (Estados Unidos y Canadá) y los Círculos

En el mundo hay otros pueblos indígenas, como los de América del Norte, que tienen costumbres y principios parecidos a los maoríes.

Círculos y Círculos de Sentencia

Los Círculos se observan en las culturas nativas de Estados Unidos y Canadá y son empleados con diversas finalidades. Su adaptación para su uso en el sistema de justicia penal se desarrolló durante los '80, dado que los pueblos de las Primeras Naciones (First Nations) de Yukón y funcionarios judiciales locales intentaron desarrollar mayores vínculos entre la comunidad y el sistema de justicia formal. En 1991, el juez Barry Stuart del Tribunal Territorial de Yukón en Canadá introdujo el círculo de sentencia, como un modo de compartir con la comunidad el proceso mediante el cual se imparte la justicia. (Bazemore y Umbreit 1999, p. 6)

Entonces podemos decir que la corte del juez Barry Stuart fue la primera en reconocer a un círculo en un fallo oficial. El juez Stuart ha preferido describir esta práctica con la expresión Círculos de Paz, como habíamos mencionado anteriormente, hoy en día, los círculos se usan para diversos fines. Además de los círculos de sentencia, usados para fijar sentencia en casos criminales, hay círculos de sanación (usados a veces como preparación previa para un círculo de sentencia), círculos para resolver conflictos laborales e, incluso, círculos diseñados para promover el diálogo comunitario. En este proceso, los participantes se ubican

en un círculo. Luego se van pasando un objeto conocido como “pieza para hablar” para asegurarse de que todas las personas hablen, una a la vez, siguiendo el orden del círculo (Zehr, 2007, p. 61).

En Estados Unidos, el uso inicial de los círculos en la justicia penal tradicional ocurrió en 1996, en Minnesota. El proceso se emplea ahora en toda Norteamérica y en otros lugares del mundo para delincuentes juveniles y adultos, para gran cantidad de delitos y situaciones (Bazemore y Umbreit 2001, p. 6; McCold 1999, p. 16).

Los círculos ofrecen un espacio de encuentro entre víctima y delincuente, pero van más allá de eso involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones. Dependiendo del modelo que esté siendo empleado, los miembros de la comunidad que participan pueden ser desde personal del sistema judicial, hasta cualquier miembro de la comunidad interesado en el delito. Todos los allí presentes, la víctima y su familia, el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tienen derecho a expresarse durante el proceso. En general, los participantes se expresan a medida que se pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo tiene en sus manos (Bazemore y Umbreit 2001, p. 6; Coates et. al. 2000, p. 6).

Si bien los círculos varían de un lugar a otro y de acuerdo a la adaptación que se haga a la cultura del mismo, involucran un complejo proceso que consta de múltiples etapas. En general, en la primera etapa, el delincuente debe solicitar ir al círculo. Varios factores se consideran importantes en ese momento, tales como el deseo de cambio, la contribución a la comunidad y el sistema de contención.

En muchos lugares, hay una serie de círculos para la resolución de problemas particulares. Después de que el delincuente solicita ser enviado al círculo, se realizan círculos de sanación separados para víctima y delincuente. Después de los círculos de sanación, un círculo de sentencia determina el tipo de respuesta que se espera del delincuente, si bien también puede incluir compromisos por parte de la justicia, comunidad y miembros de la familia involucrados. La etapa

final consiste en círculos de apoyo que monitorean el progreso del plan de acción (Bazemore y Umbreit 2001, p. 6; McCold 1998, pp. 15-17).

En ambos países los resultados han sido predominantemente positivos y podría decirse, además, que el proceso para lograr su aplicación y réplica fue relativamente sencillo, ahora, cabe preguntarse ¿por qué en Colombia no sería un proceso tan sencillo? para responder esta pregunta se debe advertir que la justicia basada en principios es mucho más flexible que la basada en leyes escritas (como lo es nuestro sistema).

En los países latinoamericanos, para hacer algún cambio a las leyes es necesario iniciar un proceso paciente y esperar un largo tiempo para que suceda, es un camino largo y a la vez lleno de formalidades como, por ejemplo, habría que escribir un proyecto de ley, y los sujetos legimitados o competentes para hacerlo deben someterlo a discusión antes que sea aprobado. Por otra parte, en cambio, la justicia basada en principios siempre está cambiando, como consecuencia de ello, se admiten varias soluciones diferentes para un mismo delito pues lo importante es elegir la solución que más conviene en cada momento y que los principios se sigan respetando.

Capítulo I

1. Sistema Consuetudinario Wayúu

El pueblo Wayuu tiene su propio derecho consuetudinario reconocido históricamente, que forma parte del derecho colectivo a la cultura: se trata de la ley wayuu (guajira) y su concepción de justicia criminal, que se desarrolla de la siguiente manera: con la producción de un conflicto de tipo criminológico (pütchi) que cause un daño material a una víctima (asiruu), nace el pago de una indemnización (maünnaa), mediante una ley de compensación y cuya resolución pacífica se deja generalmente en manos de intermediarios, llamados los pütchipü'ü o “palabrerros guajiros” que pertenecen a los diferentes grupos o clanes, para evitar actos de

venganza inmediatas [...] La ley guajira se respeta y se cumple a cabalidad sin necesidad de existir tribunales ni cárceles, en ella no existe individualización de la pena y la sanción sólo tiene una repercusión patrimonial (Colmenares, 1983).

1.1. Principios del Sistema Consuetudinario Wayúu

Esta recopilación de principios a la que a continuación se hará referencia fue recogida por Polo (2017a) en su obra, según él los principios que conforman este sistema serán:

1.1.1. La vida es sagrada

Este principio de la cultura wayúu establece fundamentalmente que todos los seres de la naturaleza son seres vivos bajo formas muy diversas: la humana wayúu, la animal (mürülü), la de las plantas (wunuu) y las formas de los elementos que la ciencia occidental considera inanimados como los ríos, arroyos, ojos de agua, montes y serranías . De conformidad con este, los seres humanos están estrechamente relacionados con todos los otros seres del universo; por eso, se deben respetar y evitar usarlos, ya que en la cultura wayúu las cosas u objetos del mundo no se usan; se les pide que colaboren con el hombre en la consecución de ciertos fines. Así en la cultura wayúu, los indígenas que cortan los árboles para producir carbón vegetal son considerados, en la escala social, como personas de nivel más bajo (Polo, 2017a).

Partiendo de la idea de que la vida es sagrada y no tiene precio, si alguna indemnización se pactara, este arreglo tiene un valor eminentemente simbólico. De este principio, se origina la norma de que todo acto contra la vida merece compensación por los daños y perjuicios causados (Polo, 2017).

1.1.2. El Fin Supremo de los Miembros de la Etnia es su Bienestar Espiritual y Físico

Este principio se corresponde con los conceptos de estar bien espiritual y físicamente, expresados en lengua wayuunaiki con los términos anaa a'in, bienestar espiritual y anaa akuai'pa, bienestar físico. Este principio se concreta en varios valores, El respeto mutuo kojutajirawaa incide de manera directa en el conjunto de

conductas que los miembros de la etnia deben observar. así el respeto a los mayores y, en especial, a la autoridad clanil, se manifiesta en las diversas consultas previas estatuidas en la cultura: así se consulta con los mayores en dónde ubicar las casas en el territorio, el retorno al territorio, la exhumación de los restos, permiso para casarse e incluso para hablar en los actos de conciliación. Por otra parte, el respeto al otro proscribte las murmuraciones, calumnias, amenazas, injurias, difamaciones, y falsos testimonios; ofensas por las que se exige indemnización por daños y perjuicios.

1.1.3. La palabra es sagrada

La palabra es sagrada y constituye el fundamento de un conjunto de procederes, normas y concepciones. así, el concepto de hombre íntegro está basado en el cumplimiento de éste con la palabra empeñada; de ahí que “ser digno es respetar la palabra, reconocer la falta y pagar (compensación); es la imagen de un verdadero wayúu” (Gutiérrez, 2011; Polo y Ojeda, 2015) de donde ser “hombre de palabra” es sinónimo de hombre íntegro. Esta caracterización del hombre wayúu es uno de los argumentos que emplea el pütchipü’üi para convencer a las partes para que lleguen a un arreglo. En la cultura wayúu hay dos expresiones transcendentales: mandar la palabra y dar la palabra (Polo, 2017b). Dos sintagmas de gran carga simbólica para los miembros de la etnia que transversaliza la cotidianidad de los wayúus.

La primera, mandar la palabra, estas palabras pronunciados por mma responden a la traducción al español de las originales pronunciadas por ella en wayuunaiki; palabras que aparecen en esta lengua en el artículo de Pocaterra (2006); no se reproducen en aras de la brevedad. Parara la familia agredida, implica la decisión de hacer valer sus derechos y que no queden impunes los daños u ofensas recibidos; para la familia agresora es señal del comienzo de la solución del conflicto no resuelto y que sus miembros deben solidarizarse para hacerle frente. Cuando una familia escucha que le mandan la palabra entra en un estado de zozobra e incertidumbre porque comprende que se avecina un problema, el cual se debe resolver.

La segunda expresión dar la palabra, es sinónima de compromiso; muestra inequívoca de ser fieles a los términos de la negociación y del acuerdo. Es la palabra dada que se debe respetar incluso con la vida; una palabra que compromete, no sólo al alaü'la o tío materno sino a todos y cada uno de los miembros de la familia. Es, como lo anota Salcedo (2004) de boca de un wayúu: “la palabra es ley sagrada que no se lleva el viento [...] tiene las llaves de la vida y de la muerte” (p.3).

Acorde con este al dar la palabra, se da por hecho que lo expresado por esta será real; así si se hace una cita se da por sentado que sucederá el hecho y que su incumplimiento es una ofensa que se paga si llegare a acaecerle a una de las partes.

1.1.4. La Mujer es el Punto de Partida del Clan

En la concepción de la familia wayúu uno es miembro de ésta cuando se es hijo de una mujer wayúu; el hijo de un hombre wayúu y una mujer alijuna no es wayúu en sentido estricto, aunque se haya criado en el entorno de la cultura wayúu. Este es un hecho que se desprende de la organización social del pueblo wayúu constituida por clanes cuyos miembros son única y exclusivamente descendientes por línea materna.

Alijuna es la palabra wayuu con la cual se nombra a todo el que no pertenezca a la etnia, sea blanco o sea negro. El vocablo correspondiente en castellano es 'civilizado'. En la semántica nativa, explica Sierra Ipuana, el término alijuna ya no se está usando para designar al diferente sino para referirse a aquello que genera temor. Son 'civilizados' los hombres que están masacrando a los indígenas en la Alta Guajira y los que enseñaron a ciertos indios a asaltar camiones de carga en las carreteras. También lo son los funcionarios del gobierno que un día llegaron a imponer sus normas en el uso del mar. (Salcedo, 2016)

Se está así ante una descendencia matrilineal, mas no matriarcal; porque si bien es cierto que solo pertenecen al clan los hijos de la madre, no es esta quien lleva las riendas del grupo familiar; el jefe del grupo, por lo general, es el tío materno mayor, el alaü'la, o el de mayor ascendencia o autoridad dentro del clan cuya función es la de la proteger los bienes e intereses de los miembros del clan al igual que promover los mejores comportamientos de los sobrinos o hijo de sus hermanas.

En la etnia, la mujer es digna de todo respeto. Por eso, el más grave delito que se puede cometer contra un clan es el feminicidio; los asesinatos de mujeres son bastante infrecuentes pero los que han acaecido han marcado verdaderos hitos en la historia de luto del pueblo wayúu. Así en la matanza de Bahía Portete los paramilitares asesinaron a más de media docena de mujeres con el propósito alevoso de pisotear lo más sagrado de este pueblo; sus mujeres.

1.1.5. No Hay Culpa Sino Daños y Perjuicios

Cuando un miembro del clan, por ejemplo, hurta o roba unos semovientes no se culpa al individuo del hecho sino al clan al que pertenece; en otros términos, la responsabilidad del ilícito se le asigna al clan y no al individuo. Además, se tiene en cuenta los perjuicios derivados de la acción; daños y perjuicios que deben saldarse de manera solidaria todos los miembros del clan en consonancia con el “principio colectivo clánico e interclánico, definido por los wayúu como aleewaa y paa’inwaa - unidad, respeto y solidaridad hacia la búsqueda de propósitos comunes” (Pocaterra, 2006, párr. 8).

Como consecuencia de este principio no hay castigos físicos, ni penas de cárceles, ni de muerte. A diferencia de otras culturas primigenias de Colombia, en la wayúu sólo opera la reparación del daño y los perjuicios causados. De manera que el concepto de impunidad es abiertamente diferente del imperante en la sociedad nacional. A este respecto, Andrónico Urbay, coordinador de la Junta autónoma de palabreros de Maicao, en entrevista a Elizabeth Pontón (2014), sostiene que en el caso de Bahía Portete la matanza de mujeres y hombres hecha por los paramilitares quedó en la impunidad puesto que el wayúu, colaborador de los paramilitares, en este macabro hecho, fue extraditado a los Estados Unidos.

1.1.6. Los Conflictos se Resuelven Mediante el Diálogo

La premisa básica del diálogo en la solución de conflictos es proseguir y proseguir conversando; no importa cuán lejanas estén las posiciones, por lo general, logran llegar a un acuerdo; Es conveniente insistir en el hecho de que las dos familias en conflicto nunca se encuentran cara a cara durante la etapa de conciliación o diálogo; dos son los actores principales de este diálogo: el pütchipü o

palabrero y el pütchipala. Estos, como en un estrado judicial pero bajo el espacio abiertode una ranchería, buscan los puntos de confluencia; sin embargo, los otros miembros de la familia intervienen para corroborar las afirmaciones de su jefe.

Para la realización de ese diálogo cada una de las partes reúne a sus familiares y allegados de la enramada de su ranchería. inicialmente, el alaü'la o tío materno de la familia agredida, es la persona que lleva la voz de la comunidad; expone cuál es la situación y las exigencias que la familia ha acordado. Las peticiones del alaü'la son reafirmadas por otros miembros del clan. Por su parte, la familia agresora, una vez notificada de la visita del pütchipü', lo espera en la enramada de su ranchería. la palabra la recibe el pütchipala, tío materno y autoridad del clan. a él se dirige el pütchipü'üi; le explica el motivo de su visita, precedida de una introducción en que predomina la función fáctica del lenguaje.

Otra de las ocasiones en que opera el diálogo fluido es en los círculos de la palabra. Estos son verdaderos certámenes del dominio de la palabra en que, con el horizonte abierto de las enramadas, conversan en lengua wayuunaiki sobre los múltiples aspectos y aristas de su cultura y de los avatares que sufren al contacto de la cultura judeocristiana dominante. El propósito de estos festines de la palabra es lograr el consenso y “el acuerdo intercultural desde la autonomía y el fortalecimiento de la cultura” propia (Ojeda, 2013, p. 26).

1.1.7. El Principio /ii/ es el Origen de los Clanes

El agua como principio de la vida sirve de fundamento al principio ii, al cual los wayúu le asignan el origen de los clanes. Cada uno de los 20 clanes originarios de la etnia wayuu, según la tradición, se asentó cerca de un ojo de agua que es una fuente de agua dulce en donde amainan su sed y la de sus semovientes y regio de sus huertas (Ojeda, 2008, pp. 66-67).

Este principio ii permite dirimir conflictos territoriales generados por la misma solidaridad de los wayúu que, en tiempos pretéritos, permitieron que miembros de otros clanes se asentaran en sus territorios y, que tiempos después, sus descendientes ignorantes de la real existencia de su territorio reclaman como propio (Colmenares, 2017, pp. 11- 21).

Después de observar detenidamente esta breve descripción de los principios del derecho consuetudinario wayúu hecha por Polo (2017a) en su obra Sistema Normativo Wayúu se pueden extraer algunas conclusiones. La primera de ellas es que el sistema wayúu es un sistema basado en principios, de ellos emanan las normas que rigen al interior de la comunidad, que, aunque son escasas se respetan y se cumplen sin la necesidad de tribunales de justicia, cárceles, o autoridades supremas que los obliguen a cumplirlas. Lo anterior, nos lleva a construir la segunda conclusión los principios y las leyes wayúu se expresan de forma exclusivamente oral, no hay codificación, sino que las normas se transmiten al relatarlas de generación en generación. Por su seguridad misma el sistema no contiene en su interior normas escritas, y su codificación conllevaría a grandes dificultades de todo tipo.

Entonces, como ya se ha mencionado anteriormente serán estos principios entonces los que orientarán la producción de normas, las prácticas y procedimientos de la cultura, en especial es interesante para efectos de la investigación la forma de resolución de conflictos, tema que del cual se hará esbozo continuación.

1.2. Leyes que Conforman el Sistema Consuetudinario Wayúu

Esta recopilación fue realizada por Brito Lineth (1997), según ella para que la justicia wayúu sea efectiva se apoya en leyes como Ley del pago, Ley del Aparto, Ley del Honor, entre otras, todas ellas fundamentadas en la compensación. Pues los wayuu tienen en su conciencia jurídico – colectiva consagrados unos derechos como: libertad, propiedad privada, honor y demás subprincipios se desprenden de estos que en la eventualidad de ser violados o vulnerados se activa una compensación.

1.3. Forma de Resolución de Conflictos

1.3.1. Procedimiento para Reclamar una Falta, Ofensa o Delito

Este procedimiento está amparado en la Ley Del Cobro, lo cual consiste en enviar un putchejana , palabrero o mensajero, es lo que se denominaría el abogado Wayuu, es quien lleva la palabra para tratar el asunto, los indígenas llaman a este

procedimiento la palabra, es decir, es aquel que se le da la facultad de hablar del problema surgido para llegar a una solución, este procedimiento da lugar de llegar al Purchi, conflicto, contienda. Más adelante en el texto afirma que el cobro lo estipulará el jefe de familia o caique con los tíos maternos y en común acuerdo con el Concejo de ancianos de la familia ofendida (Brito, 1997).

1.3.2. Reparación y Compensación

Los pagos se hacen en etapas: la primera etapa representa la sangre y se realiza con el fin de que no se inicien venganzas o represalias, la segunda etapa es en la cual se arregla definitivamente el conflicto a través de la indemnización de los agraviados, mientras no se realiza esta etapa entre ambas partes todavía hay rencor y recelo, hecho el último pago todo vuelve al estado anterior, las castas se reconcilian, para ello la familia agresora celebra una fiesta para la familia agredida donde se comparten y consumen chivos, vacas y chirrinche.

La reparación se hace mediante un pago y este es proporcional a la falta cometida. Consiste en la entrega de ganado vacuno, ovino o caprino, tumas y collares. En la actualidad, ante la ausencia de estos semovientes y objetos, se está usando el dinero; una verdadera pérdida, dado el valor simbólico de que gozaban las tumas y collares en esta cultura milenaria, centrada en la figura de la mujer (Polo, 2016).

Existe en los wayúu otra institución especial de que cuando un wayúu presente insolvencia para efectuar el pago, los demás de la misma casta o ranchería le pueden facilitar los animales o el dinero y atendiendo a la reciprocidad estos serán devueltos como una obligación moral (Brito, 1997).

Tal mecanismo de indemnización es lo único que los wayuus consideran que restablece la armonía quebrantada por la agresión de un miembro de un clan contra otro. En este sentido, creen que el sistema de nuestra justicia ordinaria que castiga con cárcel a los crímenes cometidos conduce a la impunidad. A este respecto, Andrónico Urbay, en relación con lo adoptado por la justicia ordinaria en el caso de la masacre de Bahía Portete, le contó a su entrevistadora Elizabeth Pontón (2014) lo siguiente:

Para nosotros comienza la impunidad cuando una persona va a la cárcel porque entonces no hay reparación. Aquí se necesita que la persona esté en plena libertad para que haya reparación. Lo que es interesante ahí identificar es a qué familia pertenece, para que puedan responder los familiares. [...] Aquí no hay una responsabilidad personal sino clanil (Pontón, 2014, p. 42).

Afirma Polo (2016) en la misma obra que lo anterior establece lazos de solidaridad entre los miembros de cada clan por cuanto es algo que a todos les concierne. Así mismo, que dicha reparación tendrá como fin último la no repetición y que esto se asegura a través de la estimulación del monto y ese carácter colectivo. En el mismo texto aclara que el alto monto a pagar no debe entenderse como un aprovechamiento para enriquecerse en medio de los problemas, sino que ese monto es alto para que a todos los miembros del clan les duela ese desprendimiento acumulado con tanto esfuerzo y dedicación.

En la cultura colombiana que tiene marcados rasgos occidentales lo normal sería preguntarse ¿por qué debe una persona responder por las acciones de otro? Pero es necesario recordar que esta cultura lo que promueve es la solidaridad entre sus miembros, además, despierta un estado de alerta entre los miembros de cada clan para prevenir que sus integrantes cometan delitos porque al final serían responsable todos. Pues, cuando se comete un delito o falta se entiende que no sólo falla el infractor sino la autoridad mayor del clan (por lo general es un tío materno) que estaba encargado de su educación y formación, así como sus progenitores que también tenían a su cargo la misma tarea.

Lo anterior, no debería ser tan ajeno al pensamiento del ciudadano común, si se entiende que cuando en el sistema ordinario un funcionario público comete una falta no sólo será responsable este sino también el Estado, y es el mismo Estado quién responde patrimonialmente por los actos de esos servidores, y quién es el Estado más que nosotros mismos entendidos como comunidad. Entonces, lo anterior no debe hacerse tan extraño, tampoco si se comprende que la historia cuenta que las tierras de la antes Nueva Granada estaban pobladas precisamente

por tribus indígenas y en realidad el pensamiento occidental fue transplantado por los colonizadores españoles.

1.3.3. La Reconciliación

Para que los lazos de familiaridad vuelvan a la normalidad se necesita el ritual de la reconciliación la cual tiene por objetivo, restaurar la armonía rota por el accionar conflictivo de uno de sus miembros. Las autoridades de las dos familias, pasado un tiempo prudente después del último pago, acuerdan encontrarse en la ranchería del clan agraviado. Son invitados todos los miembros de ambas familias; incluso, algunos de sus amigos.

Los miembros del clan infractor llevan algunos presentes (chivos, vacas, aguardiente). Las dos autoridades se dan las manos e invitan a sus familiares a tomar tres tragos de chirrinchi. Un rito en el cual, entre cada trago, se deja un espacio de tiempo para conversar sobre los sucesos de la etnia, contar chistes y dialogar sobre diferentes cuestiones.

Terminado el último trago las partes se saludan y las dos familias se separan. No es una ocasión para seguir bebiendo; se evitan así futuros problemas que puedan originarse por los efectos del alcohol. Después de este ritual los miembros de las familias se pueden saludar y reunir sin ningún inconveniente (Polo, 2017a, p.47-48).

Capítulo II

En este capítulo se procederá a observar y analizar con detenimiento la actual aplicación del concepto justicia restaurativa en Colombia, sin embargo, antes se hará una breve descripción del sistema penal Colombiano, haciendo referencia a las falencias que enfrenta, esas que dan lugar a la necesidad de búsqueda de nuevas alternativas para enfrentar el delito.

2. El Sistema Penal colombiano y la aplicación que hace de la Justicia Restaurativa

La justicia ordinaria en Colombia tiende a ser retributiva, ello quiere decir, según el docente y experto en la resolución de conflictos alternativa Jean Schmitz, que aquí se concibe el delito como un acto en contra de las leyes que establece el Estado, el cual también la víctima de este. Por su parte, en la Justicia Restaurativa se habla de un conflicto, en el que hay un acto en contra de las personas, de la comunidad. Bajo este concepto, las víctimas son centrales en el proceso y como se puede vislumbrar desde ya esta particular forma de justicia tiene un enfoque más humano

en el que se trata el crimen como un daño a las personas como tal y que provoca que se quiebren las relaciones (Schmitz, 2016).

Ambos conceptos además de incidir en la forma como se concibe el delito, también intervienen en la forma de entender conceptos como la responsabilidad, pues en la justicia ordinaria (retributiva) la responsabilidad se define como como la imposición del castigo, mientras que, en la Justicia Restaurativa se define como la carga de una culpa y la toma de acciones para reparar el daño que se ha generado.

Surge entonces como primer reto el cambio de paradigma en la administración de justicia. Ese cambio implica el tránsito de un enfoque retributivo donde el castigo es la manera más efectiva de reprochar y disuadir la conducta punible, hacia un enfoque restaurativo donde se atienden de manera colectiva las necesidades derivadas de un hecho delictivo y la responsabilidad asociada a tal acto, dando voz a quienes no la tenían o cuyo testimonio había sido instrumentalizado dentro del sistema penal: las víctimas (ICBF, 2016, p. 9).

Al respecto se refirió Ángela Constanza Jerez en un reporte del portal virtual de Economía y Política de la Universidad del Rosario, quien cita las palabras de los académicos: Laura Ordóñez Vargas y Douglas Rodríguez, de la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario *“Colombia todavía no está preparada para la Justicia Restaurativa porque en nuestra cultura continúa arraigada una obsesión por la idea de la prisión como única expresión de hacer justicia y por la privación de libertad como mecanismo privilegiado de control del delito”*. Así mismo, resalta al final de esta dicente frase que a pesar de que la Nación cuenta con normas desde hace 13 años que han incorporado el concepto de Justicia Restaurativa, esta se aplica de manera muy tímida, toda vez que no existen metodologías para hacerlo y mucho menos indicadores para evaluar su efectividad (Jérez, 2018).

En el mismo texto denominado justicia restaurativa en Colombia: un camino por recorrer, afirman los investigadores que la Justicia Restaurativa tiene grandes escollos para su implementación. Entre tantas razones porque en un escenario como el colombiano es extremadamente difícil definir quién es víctima y quién es victimario, ya que las diferentes categorías se pueden encontrar en un mismo sujeto. De igual forma, existen unos delitos de guerra que los excombatientes (tanto paramilitares como guerrilleros) no están dispuestos a confesar, como son los delitos sexuales. Los investigadores, insisten en que es necesario hacer entender a los colombianos que la única forma de sancionar no es la cárcel, ya que existen otras penas como son los servicios comunitarios. De igual forma, se debe ser crítico con los alcances de la Justicia Restaurativa y dejar claro qué es lo restaurativo.

También agregan que *“la justicia no debe estar en manos solo de los abogados, también deben intervenir profesionales de las ciencias humanas como la Antropología y la Sociología, porque los estudios sociales tienen mucho que aportar a la construcción de estas herramientas a la hora de pensar la política pública en materia de justicia y gestión de la criminalidad en Colombia”*.

Al respecto se debe decir en este punto que el sistema jurídico ordinario y aún más los operadores jurídicos y abogados que se mueven dentro de él tienden a ser muy autorreferentes y autopoieticos, en otras palabras, puede afirmarse que son reacios a cooperar con otros campos como los ya mencionados por estos investigadores colombianos y a educarse en otras ramas, como por ejemplo la psicología jurídica, que enseñan a implementar y desarrollar aptitudes como la empatía, habilidades de negociación, persuasión, inteligencia emocional y control de las emociones, entre otras, las cuales son muy importantes en la práctica al momento de solucionar conflictos porque generalmente se trata con personas que están alteradas o emocionalmente afectadas, por eso el papel del mediador es ser una especie de puente entre las partes para ponerlas en contacto de una forma segura.

Al final de este reporte, la investigadora Ordóñez Vargas señala la necesidad de hacer un inventario de experiencias comunitarias de Justicia Restaurativa y darles visibilidad para que se repliquen y escalen. *“También se requieren campañas pedagógicas sobre la falacia de la cárcel. Estamos en un populismo penal. La gente cree falsamente que el peligro se queda allá, pero no necesariamente, cuando salgan esas personas pueden salir rabiosas y con más conocimiento de cómo cometer delitos.”*

Actualmente, en Colombia ya existen métodos propios de la Justicia Restaurativos como por ejemplo la reparación simbólica por orden judicial. Según Forer (2012): La reparación simbólica se propone como un mecanismo eficaz que permite la implementación de la justicia restaurativa en el escenario transicional colombiano. En efecto, mediante la implementación de medidas simbólicas de variada índole que tengan por propósito la mitigación del sufrimiento de las víctimas, su dignificación y la reconciliación nacional, el Estado colombiano podría materializar la efectiva reparación de las víctimas en Colombia, así como el desarrollo de medidas tendientes a la reconciliación nacional y que en sí mismas constituyan garantías de no repetición.

Así mismo cita un análisis hecho por la Doctora Ordoñez (2018) que sostiene que a la reparación de las víctimas se debe distinguir entre dos categorías (De Greiff, 2008) que corresponden a reparaciones materiales y reparaciones simbólicas, (...) “la categoría de la reparación simbólica puede incluir disculpas oficiales, el cambio de nombre de un espacio público, creación de días conmemorativos, construcción de museos, parques dedicados a la memoria de las víctimas, etc.” (p. 296).

Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en

tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas. (Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 28 de agosto del 2014, rad. 32988, con ponencia de quien proyecta el presente fallo).

El problema de esta figura que en principio se ve tan restauradora y con bondades de sanación dentro de la sociedad es en palabras de Muñoz que: Ya no se trata tanto del perdón como un acto individual a través del cual un individuo –la víctima- entra en relación con otro individuo –el victimario- buscando la verdadera reconciliación, sino del perdón como un acto a través del cual el Estado perdona en nombre de las víctimas sin darles verdaderamente voz en dicho proceso. El problema ético, que dicho procedimiento trae consigo, se hace visible cuando el perdón parece fomentar así la impunidad, legalmente justificada en la soberanía del Estado, o cuando se le confunde con la amnistía, el juicio, el castigo o la reparación (Muñoz, 2012, p, 317).

Entonces, el mecanismo que intenta estar dentro del marco de la justicia restaurativa termina siendo aplastado por los grandes rasgos de la justicia retributiva ordinaria que como ya se estudió anteriormente se caracteriza entre otras cosas porque opaca, suprime y minimiza el papel de la víctima. Por otro lado, es importante preguntarse sobre si tanto el arrepentimiento como el perdón que puede devenir de las reparaciones simbólicas por orden judicial es verdaderamente auténtico, pues por un lado encontramos al victimario a quien le impusieron una orden judicial de hacerlo, y una víctima suprimida y representada por el mismo Estado; que paradójicamente también proveyó la orden judicial. Podría afirmarse que es casi como si el Estado se pidiera perdón a sí mismo dejando de lado a los verdaderos actores del proceso. Por esta y muchas más razones se critica tanto la aplicación de la justicia restaurativa en Colombia.

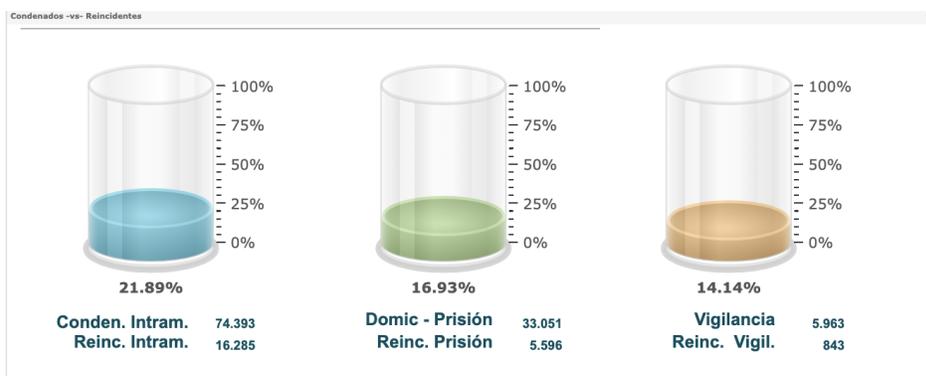
En cuanto a la aplicación de las penas el panorama es todavía menos alentador, los fines de la pena de resocialización, reinserción y prevención no están ni cerca de cumplirse, entre otras razones por las condiciones carcelarias de los reos que se caracteriza por el hacinamiento y condiciones infrahumanas donde es escasa o más bien casi nula la educación, orientación psicológica y capacitación técnica para las personas reclusas (Brito, 1997).

El sistema penal en Colombia como se encuentra planteado está lleno de falencias, al respecto se refirió Brito Lineth en su investigación señalando que los problemas van desde la rama legislativa con la tendencia que existe de convertir cada vez más las conductas en tipo penales, lo cual indica la implementación de políticas criminales más represivas que preventivas, así como el excesivo formalismo en la legislación procesal penal; hasta la rama judicial con la desigualdad en cuanto a la distribución geográfica de despachos judiciales, las deficiencias en la asistencia legal proporcionada por el Estado, la congestión en los despachos judiciales de todo el país (Brito, 1997).

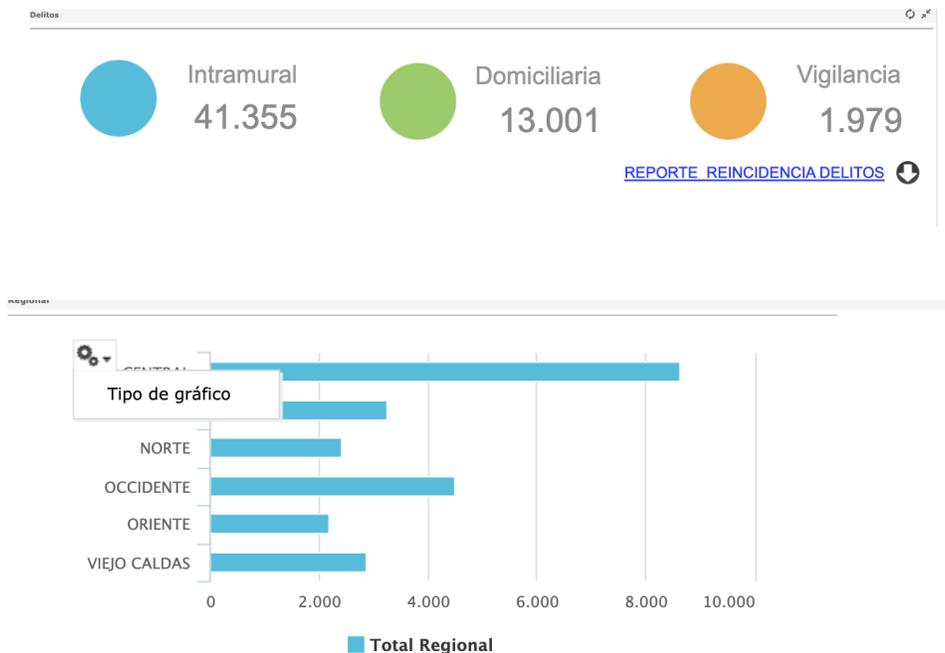
Se debe advertir que esta investigación hecha por Brito fue realizada hace mas de veinte años, y hoy por hoy el Sistema Penal Colombiano sigue teniendo exactamente los mismos problemas y las mismas falencias que hace dos décadas, lo que enciende una alarmante señal de atraso. Prueba de todo lo afirmado anteriormente son las cifras dadas por El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) correspondientes a los años 2019 y 2020 que muestran las condiciones infrahumanas de hacinamiento en la que se encuentran los condenados. A continuación, se anexan las gráficas encontradas en la página oficial del INPEC:



También es importante resaltar que esas afectaciones y vulneraciones a derechos fundamentales no terminan cuando la pena termina. Además de las consecuencias negativas que acarrea naturalmente la pena, cuando estas personas recuperan su libertad al salir del establecimiento carcelario son a menudo discriminadas y etiquetadas como delincuentes, por lo que se les dificulta obtener oportunidades laborales, de capacitación, iniciar relaciones interpersonales, y socializar en general. Lo cual conlleva a la reincidencia y así vuelve a iniciar nuevamente este ciclo, prueba de esta última afirmación es la siguiente tabla estadística obtenida de la página oficial de INPEC que muestra las altas tasas de reincidencia en Colombia del 2020 al 2021:



Tomado de: INPEC



Tomado de: INPEC

El derecho debe castigar; pero no como el verdugo, que goza viendo sufrir al condenado, sino como el padre que alcanza, por procurar dolor a su hijo, la cumbre del amor (Carnelutti, 1948, p. 91).

Se debe aclarar que el problema no está en los mecanismos de justicia restaurativa, el problema está en el sistema de justicia colombiana y en la forma frívola como lo aplican los operadores jurídicos acostumbrados toda su vida a un sistema retributivo, de amenazas, penas y castigos; y quienes como ya se dijo en su mayoría son reacios a comprender nuevas dimensiones de la responsabilidad, y aprender nuevas formas de solución de problemas provenientes del crimen. mano.

Y un día, que fué el día estelar de mi vida (según la frase de WERFEL, que me recordó, en una carta inolvidable, mi amigo COUTURE), Dios me permitió ver; a mi manera, que si el pintor no ama a su modelo el retrato no vale nada y .si el juez no

ama al inculpado en vano cree alcanzar la justicia. Entonces comprendí que ni la caridad está fuera del arte ni la gracia fuera del derecho (Carnelutti, 1948, p.108).

Así como este mecanismo o intento fallido de Justicia Restaurativa existen muchos más métodos alternativos de solución de conflictos dentro de todo el ordenamiento jurídico colombiano que fueron introducidos por la legislación no porque auténticamente se reconocieran sus alcances y propiedades bondadosas sino pretendiendo que se encarguen de la descongestión del sistema judicial en la justicia formal.

En la obra *Historia de los MASC en Colombia*, Castillo afirma que La ley 446 de 1998 “De la descongestión de justicia y despachos judiciales” nace con el fin de regular los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Entre otros aspectos reguló el uso de la conciliación en asuntos de transacción, desistimiento, y aquellos que la ley determine” (Castillo, 2015). En materia penal según “la ley 906 de 2004 se menciona la mediación como un mecanismo de resolución de conflictos ocasionados por delitos investigados de oficio cuya pena mínima no exceda de 5 años de prisión” (Márquez, 2012), esto para generar un aporte en la descongestión judicial y ayuda social.

2.1 Comparación entre el Sistema de Justicia penal Wayúu y el Sistema Penal ordinario

Después de haber relatado la forma de resolución de conflictos del ordenamiento wayúu se procederá a contrastarla con la perspectiva del sistema ordinario en Colombia, una de las ideas que se puede construir a partir de lo investigado es que en el sistema wayúu no se encuentran unos límites conceptuales para el término castellano de delito, esto es, los conceptos de delito, falta, errores y ofensas se asemejan entre sí y en consecuencia se le dan los mismos tratamientos, y se le aplican los mismos procedimientos dentro de la comunidad.

En otras palabras, se podría afirmar que en este sistema no hay una división tan tajante entre lo que en clave de la Criminología se habla de delito y conducta desviada, pues por ejemplo el adulterio, la relación sexual o convivir antes del matrimonio puede acarrear alguna clase de responsabilidad y restituciones para la familia ofendida.

Como por ejemplo, el delito de seducción y rapto de una mujer: Es costumbre de ellos, sobre todo en las wayuu bastante jóvenes presentarse un enamoramiento, y en la eventualidad de que la doncella wayuu acepte la seducción, ya sea menor o mayor de edad, y se presente el rapto, o sea, que decide escaparse con el seductor, según la ley WAYUU el seductor deberá pagar por el derramamiento de sangre, por la ofensa y el abuso (Brito, 1997). En el sistema de justicia ordinaria una conducta es antijurídica o ilícita si aparece tipificada como tal en una norma jurídica, de lo contrario no.

El Sistema de Justicia Wayúu se caracteriza por la oralidad por lo que al codificar sus normas sería algo más o menos así: El clan del miembro que incurra en robo debe devolver el doble de lo robado al clan afectado, en su defecto, éste puede hacerlo por sus propios medios; el clan del miembro que incurra en homicidio (accidental o intencional) debe pagar al clan ofendido, por ejemplo, 50 chivos y 4 collares de perlas marinas, de no hacerlo, el clan afectado debe declararle la guerra y obrar en consecuencia (Gómez, 2015).

Por otro lado, cabe advertir que dentro de este sistema normativo a diferencia del ordinario no se admite la tentativa, la responsabilidad se da hasta el daño causado, haciéndose un cobro por un valor proporcional al producido. Lo que se puede observar aquí es una especie de lo llamamos en el sistema ordinario el Principio de Causalidad, que en la Ley Wayúu consiste en que: *no podrá ser condenado al pago*

pecuniario, si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión (Brito, 1997).

Curiosamente, en este sistema indígena sí podría decirse que de alguna u otra forma existe la figura de agravación de la pena. Cuando la conducta delictiva es cometida en un lugar sagrado para ellos como un cementerio, o es cometida entre familiares o por una persona de gran valor de la comunidad como lo sería un cacique la pena se agrava y en consecuencia el valor del cobro es mayor.

En cuanto a la resolución de conflictos del sistema consuetudinario wayúu esta es llevada por el actor principal: el palabrero, pütchipü'ü o putchejana, quien es el encargado de llevar comunicar al clan ofendido y al clan agresor apelando su sentido de equidad, podríamos asociar este sujeto, para mayor comprensión, con un sujeto de la justicia ordinaria que actualmente se conoce como Jueces o conciliadores de Paz y Equidad o, incluso, con un árbitro.

Se ha mencionado antes en cuanto a la estimación del monto a pagar que el fin último de este es la no repetición (que equivale la no reincidencia o repetición tan buscada en el sistema penal ordinario), lo cual en el sistema ordinario se le puede asociar con ese carácter de intimidación de la pena sostenido por las teorías preventivo generales y aquellas que buscan intimidar a la sociedad para generar un *control útil*. Sin embargo, en el sistema de penas wayúu podríamos decir que además existe un *control afectivo*, lo anterior en virtud del carácter colectivo de las penas.

El concepto de control útil parte, en primer lugar, de que todo ser humano es racional y, como consecuencia de ello, realiza cálculos en clave de costos y beneficios antes de realizar cualquier conducta. Y en segundo lugar, que el hombre tiende a adoptar aquellas conductas que le comporta más beneficios que sacrificios. El concepto de control efectivo alude a las relaciones estrechas que entablan las personas en su

cotidianidad y, a la tendencia de las personas de adoptar conductas que le permitan mantener esas relaciones estables.

Según Martínez y Hernández (2005) el carácter colectivo permite que los familiares ejerzan una especie de control social. Un propósito que el sistema de la justicia ordinaria del país está muy lejos de alcanzar mediante penas de cárcel; de hecho, estas no cumplen con la finalidad de resocializar al condenado para que no reincida (Polo, 2016, p. 43).

Cabe mencionar en este punto que en la estimación del monto no tendrá incidencia alguna el grado culpabilidad, dolo o culpa. Y a diferencia del sistema ordinario, aquí el cobro una vez reconocido el daño no prescribe, incluso, puede cobrarse a través de generaciones. Esto afectaría en el sistema penal ordinario el carácter personal de las penas, pero si lo miramos desde la perspectiva civil es perfectamente viable que al fallecer quien causa un daño, sus herederos sean responsables de reparar los perjuicios causados.

Todas estas comparaciones han sido realizadas con el sistema penal colombiano, no obstante, se hace la salvedad de que esta forma de resolución de conflictos penales puede asemejarse más a la responsabilidad civil en el ámbito extracontractual.

Capítulo III

“Siempre hay un mañana y la vida nos da otra oportunidad para hacer las cosas bien, pero por si me equivoco y hoy es todo lo que nos queda, me gustaría decirte cuánto te quiero, que nunca te olvidaré”.

Gabriel García Márquez

En el año 2019 una señora de unos cincuenta años hizo una llamada a las dos de la mañana a una de las líneas de atención de la policía de su ciudad, relatando que en la vivienda de al lado de su casa se escuchaban estruendos, gritos y sollozos. Ante la preocupación de la señora una unidad de la policía se desplazó de inmediato al lugar en un barrio periférico y catalogado como altamente peligroso, encontrando la siguiente escena: Un joven de aproximadamente veintiún años bajo los efectos del alcohol estaba agrediendo de palabra a sus dos progenitores, su madre de sesenta y cinco años, y su padre setenta y dos, quienes convivían con él en la vivienda y por quienes respondía económicamente el joven con lo que se ganaba haciendo oficios varios de vez en cuando, pues su nivel de educación era de básica primaria. Sobre la violencia intrafamiliar el artículo 229 del código penal establece lo siguiente: El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, adolescente, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años, o que se encuentre en situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad.

Al observar la escena los agentes procedieron a capturar al joven, los padres interpusieron la denuncia afirmando que no era la primera vez que ello sucedía, con ello, se le inició un proceso penal por el delito de violencia intrafamiliar agravado por ser contra mayores de sesenta años. La pena que este delito establece es de cuatro a ocho años de cárcel, por lo que el padre del joven se comunicó en muchas ocasiones con el fiscal encargado de llevar el caso para que no se siguiera con este afirmando que no quería dañarle así la vida a su hijo que en general era un buen hijo y eso sólo lo hacía mientras estaba borracho, y que si lo condenaban no tendría con qué subsistir con su esposa pues no tenían más hijos y ninguno de los dos contaba con una pensión.

Este es un ejemplo de aquellos delitos que no solucionan el conflicto con una pena en establecimiento carcelario y en los que la pena no garantiza que el delito no vuelva a suceder. Ahora, que pasaría si en vez de ello a este joven con problemas de alcoholismo, por orden judicial se le sometiera a tratamiento psicológico, y se abrieran espacios de reconciliación para esta familia donde el indiciado tuviese la oportunidad de arrepentirse y aprender, tal vez sería una solución mucho más satisfactoria para estos ancianos padres víctimas del delito.

En una ciudad del interior del país reside un menor de dos años con su madre de diecisiete años de edad, la cual quedó en embarazo, mientras hacía el bachillerato, de quien en ese momento era su pareja sentimental, un muchacho un año mayor que ella y de su mismo barrio que era el mejor de la clase, siempre ocupaba los primeros puestos y obtuvo el mejor puntaje del colegio en la prueba de Estado

ICFES. Gracias a esto, el joven padre ganó una beca completa para estudiar medicina en una de las mejores universidades del país lo que fue una gran noticia para él y su familia porque sería el primero de ella en recibir estudios universitarios ya que eran de muy bajos recursos y para mantenerse recurrían a oficios varios como labores domésticas y la albañilería.

Por audiencia de conciliación habían fijado que el padre pagaría una cuota de 120.000 pesos mensuales para cubrir con los gastos del menor, sin embargo, este llevaba incumpliendo con la cuota casi siete meses a pesar de que lo visitaba semanalmente. La abuela del menor de dos años decidió denunciarlo por el delito de inasistencia alimentaria establecido en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 que dicta que: El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

De encontrarlo culpable el juez, la condena para este joven sería de casi tres años y una multa de al menos veinte salarios mínimos mensuales legales vigentes. Lo que de inmediato le haría perder su beca de estudio y la oportunidad para seguir con su carrera, además tendría una deuda mayor cuando no ha podido cubrir con la primera, deuda que al mismo tiempo no podría pagar mientras está en la cárcel y el menor quedaría aún mas desprotegido, por lo que resulta siendo una medida completamente ineficaz para proteger y garantizar los derechos fundamentales de la víctima de este delito.

Ambos casos dan cuenta de dos cosas: la primera es que no siempre que se habla de un infractor de la norma penal se está enfrente de un victimario o un delincuente, y hay casos que requieren soluciones diferentes. Lo segundo, es que no siempre la pena cárcelaria hace justicia por los víctimas, hay casos en los que les puede perjudicar mucho más que al mismo infractor. En otras palabras, en vista de la condición humana nadie está exento de cometer errores por lo que no es necesario ser un delincuente así como proclaman las políticas del derecho penal del enemigo, y a veces, las penas físicas restrictivas de la libertad pueden resultar siendo gravosas también para la víctima del delito lo que puede generar una revictimización y por supuesto la abstención a denunciar.

Víctima es toda persona, ofendida o perjudicada, a quién se ha efectuado el daño de un bien jurídico protegido debido a la comisión de un delito quien, además, por dicha condición, tiene derecho a ser resarcida por el juzgador que ha condenado, por medio de la sustanciación de un proceso penal, al perpetrador del daño conocido como sujeto activo del delito. Cabe distinguir que la identificación de víctima, también denominada sujeto pasivo, puede ser una categoría extendida a los familiares, la naturaleza y hasta al propio Estado. Con lo manifestado se puede comprender que la víctima es un sujeto procesal y de derechos, partiendo de esa concepción, una postura crítica señala que la consideración de víctima debería ser independiente de que el procesado sea enjuiciado y condenado, esto, debido a que el Estado deberá protegerlo y garantizar su reparación integral no solo desde lo formal sino desde lo real (Benavides, 2019).

3. Contraste entre la Justicia penal Wayúu y el concepto de Justicia Restaurativa
Los mecanismos actualmente categorizados como alternativos fueron en realidad anteriores a la justicia restaurativa puesto que **estos eran algunos métodos mediante los cuales las civilizaciones resolvían sus controversias, tiempo después fueron olvidados cuando nació el estado moderno**, ya que el estado como máximo órgano se convierte en el creador de las decisiones judiciales (Pérez, 2011).

Así mismo, lo sostiene Dlestikova en su investigación *Encuentros entre las Justicias Indígena y Restaurativa en Colombia*: La justicia restaurativa tiene raíces en ancestrales prácticas indígenas, las cuales hoy día se manifiestan en la sociedad occidental, sobre todo en los círculos sentenciadores y las conferencias de grupos de familia. En el círculo sentenciador participan la víctima, el ofensor y la comunidad afectada por el hecho ilícito; las conferencias familiares se usan para tratar con la delincuencia juvenil. Ambas prácticas restaurativas consisten en la comunicación en el círculo; la víctima puede expresarse frente al ofensor, quien puede explicar sus motivos y toda la comunidad puede intervenir y hacer sugerencias acerca de cómo reparar los daños causados por la conducta punible.

La investigación hecha por Dlestikova tiene como pretensión buscar y resaltar los puntos de encuentro entre la justicia restaurativa y las prácticas ancestrales relativas a la resolución de conflictos de tipo penal, ha hablado de lo imprescindible que es abordar los conceptos de pluralismo jurídico y de jurisdicción especial indígena.

El concepto del pluralismo jurídico comprende la complejidad de los derechos que se encuentran tanto en las sociedades contemporáneas como en los derechos y las prácticas jurídicas de las culturas tradicionales o la relación entre los derechos de las sociedades occidentales y las tradicionales (Gómez, 2015).

La especificidad del pluralismo legal no trata de negar el derecho estatal, sino de reconocer que este es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad (Wolkmer, 2003, p.7).

Debido a que en un espacio determinado se hallan distintas culturas con sus respectivas prácticas jurídicas o reguladoras, el pluralismo jurídico se relaciona, en

parte, con el pluralismo cultural (Llano 2017, p.24) por lo que implica el reconocimiento de la coexistencia de varios órdenes culturales y varios sistemas normativos, uno de los cuales es el sistema jurídico indígena, que ofrece, entre otras cosas, una respuesta a la desviación social similar a la que ofrece el proceso penal occidental (Dlestikova, 2020).

En la región amazónica las autoridades no son permanentes y su intervención depende del lugar que ocupan en las relaciones de parentesco. Al contrario, para la región andina es característico el sistema de Autoridades Permanentes con una centralización política a través de los cabildos. El sistema religioso propio de los grupos de la Sierra Nevada de Santa Marta y de la región amazónica y de algunos grupos de la región pacífica genera reglas de comportamiento fuertemente sacralizadas, y el sistema de Compensación Directa, propio de los indígenas Wayúu, se caracteriza por la presencia de palabreros amigables componedores, encargados de hacer las diligencias de transacción y negociación para compensar con bienes o servicios los daños u ofensas causadas entre clanes (Gómez, 2015, p.169).

Es necesario recordar que la justicia restaurativa es un sistema de justicia que intenta subsanar los problemas presentados por las formas retribucionistas en las cuales se procura resarcir el daño acaecido, a través del castigo impuesto a los individuos o de la negociación. A diferencia del carácter sancionador e individualista de dichos modos de punición, la justicia restaurativa se caracteriza por su posición abolicionista respecto a las formas tradicionales de castigo y, a su vez, restauradora de los vínculos sociales alterados por la transgresión a la ley. Sus fundamentos teóricos se encuentran en las concepciones filosóficas y jurídicas de Aristóteles, Johann Gottlieb Fichte y Georg Wilhelm Friedrich Hegel en torno a la idea de comunidad (Patiño, 2015, p. 23).

Por ello un enfoque restaurativo llevado a la práctica implicaría comprender ciertos principios:

La ofensa no define a la persona. Esta constituye fundamentalmente un daño al otro y a las relaciones, pero existen posibilidades de reparación. El delito o la ofensa también constituye una oportunidad de aprendizaje y desarrollo social. Un enfoque restaurativo se centra en el presente, apunta al futuro y retoma el pasado constructivamente. Los procesos son más exitosos en la medida en que involucren activamente y en el mayor grado posible a quienes han sido afectados por la situación. • Se debe rescatar la dignidad de cada ser humano reafirmando los valores existentes en la comunidad y en cada una de las personas que la componen reprochando la ofensa y el delito, la cual es una conducta inaceptable. Todo enfoque restaurativo llevado a la práctica debe tener orientación pedagógica y apreciativa, enmarcada en los derechos humanos (ICBF, 2016, p.10).

La justicia indígena y la restaurativa se soportan en el diálogo. El hecho se construye mediante la palabra —el habla común—, interpeándolo, debatiéndolo y explicándolo, lo que genera el sentimiento de participación en la vida social y de pertenencia a la comunidad (Gómez Valencia) Otra similitud entre la Justicia Restaurativa y la Justicia indígena (en especial el derecho penal Wayúu) es que la justicia indígena no busca restituir al transgresor al orden cultural mediante el castigo.

Otro punto de encuentro entre ambas consiste en la importancia de que el transgresor comprenda las consecuencias de su conducta. En la justicia indígena, este fin se logra mediante la figura del consejo y la práctica de aconsejar. Conforme a la cosmovisión wayuu, puede aconsejar solo quien ha cometido errores, porque tiene la experiencia vivida y venida del error, ya que solo por esta puede comprender al otro y aconsejarle (Gómez, 2015, p. 193).

La idea de la reparación está presente tanto en la justicia indígena como en la restaurativa, con la diferencia de que en la filosofía ancestral se trata de la reparación de toda la comunidad, mientras que la justicia restaurativa busca la reparación del daño causado a la víctima concreta. Por otra parte, en ambas está presente la dimensión simbólica de la reparación, es decir, el objetivo de la reparación no es solamente la indemnización material o financiera, sino la plena satisfacción de la víctima (sea la persona afectada por el hecho punible o toda la comunidad). (Dlestikova, 2020) Esa reparación inmaterial se concreta en el Sistema Jurídico Wayú específicamente en los rituales de reconciliación anteriormente mencionados.

El derecho penal es selectivo por naturaleza, en palabras de zaffaroni, Esta potenciación formidable del poder punitivo requiere un fuerte apoyo o consenso público que se logra con el apoyo de una realidad mediática destinada a mostrar el delito común como el único y mayor riesgo social, al tiempo que atribuye su responsabilidad a un grupo étnico individualizado, elevándolo a la condición de enemigo (Zaffaroni, 2012, p. 53).

Lo que quiere decir que el poder punitivo, adrede, sólo persigue, investiga y castiga una pequeña parte de las conductas punibles que se cometen en el mundo fenomenológico, en parte porque no tiene los recursos para perseguirlas todas, y en parte porque las penas son mayoritariamente carcelarias (a pesar de que hay delitos que no ostentan una gravedad proporcional a la pena), esto genera que en la mayoría de los casos no se aplican y cuando se aplican en consecuencia las tasas de hacinamiento de las instituciones carcelarias suben. Y aun así, las víctimas no son resarcidas moralmente.

En otras palabras, que existan tipos penales con penas tan altas genera que al final no se apliquen (generando impunidad) y cuando se aplican se hacen de forma aún más severas y se terminan vulnerando derechos fundamentales del infractor. Y en ambos casos, dentro del proceso la víctima no es reparada.

El proceso penal no puede ser observado únicamente desde los intereses de la sociedad o las garantías del acusado, sino también desde las garantías de derechos propias de la víctima. El Estado tiene que concebir a las víctimas como una de sus prioridades y el sistema penal debe estar orientado hacia ellas; se hace necesario un sistema jurídico más humano, en el que los derechos de las víctimas no se reduzcan a intenciones... las víctimas-testigo deben ser protegidas y así lograr que su declaración sea más pacífica, más válida, más auténtica; y las medidas de protección deben contemplar, entre otras cosas, el respeto a la dignidad, integridad personal, y psicológica, a la intimidad y, por supuesto, la prevención o disminución de la victimización secundaria (Vega, 2016, p.422).

Por ello, la solución viable ante esta problemática no es la construcción de nuevos establecimientos carcelarios y penitenciarios, si no buscar nuevas herramientas y alternativas para educar a quien infrige la norma. Esas nuevas herramientas no necesariamente tienen que estar en ordenamientos jurídicos extranjeros si no que es posible que estén justo aquí en el territorio colombiano dentro de comunidades olvidadas pero con muchas experiencias y sabiduría transmitida entre ellos de generación en generación desde los tiempos de antes de la colonia.

Conclusiones

La justicia indígena y la restaurativa tienen varios puntos de encuentro y, a pesar de que provienen de ideologías distintas, la primera puede servir como una rica fuente de inspiración para el desarrollo de alternativas a la justicia penal ordinaria.

Incluso la ONU relaciona la forma de solucionar conflictos de los grupos indígenas con la justicia restaurativa y la misma referencia se hizo también en el primer congreso nacional mexicano de justicia restaurativa y oralidad, celebrado en el año 2010 en Acapulco (Dlestikova, 2020).

Hoy en día, la tendencia mundial es la búsqueda de alternativas al derecho penal, incluidas las ideas y los mecanismos de la justicia restaurativa, la cual constituye una visión diferente del sistema ordinario. Sin embargo, no pretende quitar al Estado el derecho de perseguir el delito (Sampedro, 2010 p. 91).

Para resolver sus conflictos el pueblo wayúu tiene unos dignos representantes que, como jueces de equidad, aplican este derecho consuetudinario: los Pütchipü'ü de los diferentes grupos o clanes, grandes conocedores de sus costumbres y ritos, y que con su sabiduría han contribuido al restablecimiento del orden y la paz social de este pueblo.

No obstante, la cultura wayúu no es la única con riquezas aún rescatables para su aplicación en el derecho colombiano, en la cultura de los arhuacos por ejemplo cuando una persona comete un hurto de un animal podrá ser condenado no sólo a pagar el valor del animal sino también a trabajar en predios comunitarios o, incluso, en la parcela del dueño del animal hurtado, o si se comete un homicidio a una persona con hijos menores, el que comete la conducta está obligado a trabajar por el sustento de esos menores hasta que alcancen la mayoría de edad.

Aunque en el Sistema Normativo Wayúu no existen las penas ni los castigos, en otras justicias indígenas la sanción no apunta a expresar solamente el castigo, sino —sobre todo— restaurar la armonía, el equilibrio de la vida social del grupo étnico y la paz rota. Además de reingresar al desarmonizado a la comunidad, se busca también reparar los daños causados a toda la comunidad porque, según la cosmovisión indígena, es una exigencia de convivencia (Gómez, 2015, p. 201).

Por otro lado, cuando un indígena reincide en conductas delictivas ya es privado de su libertad y durante esta privación deberá trabajar para la comunidad. Prácticas como estas promueven el cumplimiento de funciones de la pena del sistema ordinario como la prevención del delito, la reinserción y resocialización. Y pueden ser trasladadas a este mientras se respeten la garantías de los condenados y garantizando la dignidad humana.

La conclusión que a juicio del investigador es la más importante que se puede hacer de la presente investigación es que para resolver los problemas mencionados en la aplicación y ejecución del sistema penal hay que dirigirse primero a nuestras raíces indígenas quienes muy seguramente a través de los años ya han encontrado soluciones para los conflictos que son más sencillas, menos costosas y que están orientadas también a la restitución moral; Antes de ir a trasladar regulaciones extranjeras cuyas problemáticas nos son ajenas, y que al integrarlas al sistema resultan siendo inútiles e ineficaces.

Los procesos de resolución de conflictos de estas comunidades minoritarias pueden ser enriquecedores para los delitos de violencia intrafamiliar, injurias, calumnias, lesiones personales, entre otras que se caracteriza por ser delitos con una mayor afectación moral para la víctima y que en la mayoría de los casos la simple pena privativa de la libertad no soluciona el conflicto, sólo busca “castigar” al infractor y pese a ello poco llegan a imponerse, lo que se traduce muchas veces en impunidad

y en un sentimiento de falta de justicia en la víctima, en otras palabras, hay una defraudación de *expectativas*. La expectativa es un concepto propio del interaccionismo simbólico en su vertiente subjetiva, corriente según la cual todas las personas asumen roles cuando viven en sociedad, y esas interacciones sociales generan expectativas sobre el comportamiento de otros.

Los procedimientos del sistema penal ordinario actual desplazan a la víctima, el sistema sólo se preocupa en aplicar penas pero no soluciona el conflicto, cosa que no es así en el sistema wayúu pues busca la reconstrucción de la paz, la armonía y la reconciliación.

Para los wayuus el sistema de penas de la justicia ordinaria del país lleva en sí el germen de la impunidad, no resocializa ni, mucho, conduce a la reconciliación. En cambio, en el sistema de la justicia wayuu, la víctima, no solo la personal sino la colectiva, recibe una compensación que permite urdir, en parte, el tejido social quebrantado. La resocialización del victimario se va gestando dentro del grupo clanil asaeteado por los reproches de los miembros del clan que perdieron sus objetos y posesiones. La reconciliación es la muestra de que la armonía ha conducido a las partes al estado inicial roto por la agresión de un miembro díscolo (Polo Figueroa, Nicolás, 2016. La reparación y reconciliación en el sistema normativo wayúu. Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas. p. 46).

Ya antes otros autores como Polo, Nicolás (2016) han realizado obras cuyos objetivos principales ha sido visibilizar cómo funciona este sistema, cuál es su concepto de impunidad, cuáles son los efectos de la reparación en la sociedad y cómo se llega a la reconciliación. De paso, ha sugerido este proceso de resolución de conflictos como alternativa a muchos de los problemas que se presentan en el país cuya única solución pareciera ser a cárcel (Polo, 2016, p.41).

La intención de aplicar estas prácticas en el sistema ordinario sería que a la víctima se le de un rol importante dentro del proceso, se le retribuya, al menos simbólicamente, y que hecho esto se inicie un proceso de reconciliación, lo anterior, no excluye la posibilidad de la aplicación de una pena carcelaria. Esta iniciativa es viable para aquellos casos en los que la víctima y quien comete el delito se conocen entre sí, que muchas veces son la mayoría de las veces porque es precisamente la relación interpersonal la que le da acceso al delito a quien lo comete. Delitos de injuria, calumnia, violencia intrafamiliar, lesiones personales, abuso de confianza, entre otros que requieren una retribución moral también, no se debe olvidar que las víctimas tienden posteriormente a convertirse en rios, tienden a repetir consciente o inconscientemente las conductas que le causaron.

Estos procesos propuestos por las comunidades indígenas colombianas, aplicandose de manera contextualizada, pueden ayudar a romper ese ciclo delictivo, donde el niño maltratado se convierte en adulto maltratador, el joven abusado se convierte luego en abusador. A modo de conclusión final: el proceso de solución de conflictos, de reparación y retribución de los wayúu es previene el delito por medio de la responsabilidad colectiva y los altos montos a pagar, resocializa al momento de promover a que el infractor se reconcilie con la víctima y garantiza la no repetición involucrando a los familiares que se encargan de velar para que no siga cometiendo estas conductas.

La presente investigación pretende proponer una medida acorde a derecho para solucionar conflictos de tipo penal que normalmente no se resuelven con la imposición de medidas carcelarias. A su vez, busca que el Estado, en virtud de su deber de conservación de las comunidades indígenas, contrarreste aunque sea mínimamente las consecuencias del conflicto armado, la discriminación, incomprensión, desplazamientos y despojos que han afectado por décadas e incluso siglos estas comunidades desde la época de la conquista hasta la actualidad. Situaciones que a través del tiempo amenazan continuamente la

supervivencia de los pueblos indígenas en contravía de lo que dispone el artículo 11 de la Constitución Política colombiana, en otras palabras, el reconocimiento y práctica de los métodos de solución de conflictos provenientes de justicias indígenas es en sí mismo, un modo de justicia restaurativa.

La justicia restaurativa es una filosofía y una nueva oportunidad alentadora para los niños, niñas y adolescentes que han cometido delitos, una oportunidad para concienciar, educar y aprender sin castigos y penas tal y como lo propone la justicia penal wayúu. Es necesario empezar a proponer alternativas más flexibles para todos los casos que lo ameritan, la justicia restaurativa no tiene que ser ocasional, por el contrario, deben ser sistemática y para lograr ello Colombia cuenta con una variedad de métodos restaurativos provenientes de sus comunidades indígenas.

Referencias

Howard, Z. (2010). El pequeño libro de la producción restaurativa . Obtenido de Good Books.

Ariza, C. (2019). "Análisis reparación simbólica, una forma de revictimización en la justicia transicional en Colombia" Bogotá.

Arrocha , J. (2018). *La justicia indígena podría ayudarnos a sanar las heridas* . Obtenido de Pacifista : <https://pacifista.tv/notas/justicia-indigena-jep-paz-dejusticia/>

Bazemore , G., & Umbreit, M. (1998). *Conferences, Circles, Boards, and Mediations: Restorative Justice and Citizen Involvement in the Response to Youth Crime (Conferencias, Círculos, Juntas y Mediaciones: Justicia restaurativa e involucramiento ciudadano en respuesta al crimen juvenil)*. Obtenido de rime (Conferencias, Círculos, Juntas y Mediaciones: Justicia restaurativa e involucSt. Paul, MN: Balance y Proyecto de Justicia Restaurativa.

Benavides, M. (2019). "La reparación integral de la víctima en el proceso penal" Ecuador. Universidad Central

Brito, L. (1997). *Punibilidad en el ordenamiento Jurídico Wayuu*. Obtenido de Universidad del Atlántico, 34-35.

Cabana, M. (2015). "De los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia: acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios postconflicto"

Carnelutti, F. (1948) "Arte del derecho (seis meditaciones sobre el derecho)" Buenos Aires

Colmenares , R. (1983). *Del Derecho Consuetudinario Guajiro al Estado Social de Derecho Multiétnico en Venezuela*. Obtenido de Revista de la Fac.Cs. Jurídicas y Políticas, 70.

Consejería Presidenciales para los derechos humanos. (1991). *Derechos Humanos Reflexión y Acción 3*.

Corte Constitucional Sala Plena. (09 de julio de 2014). *Sentencia C-463/14 [MP María Victoria Calles Correa]*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>

Corte constitucional, Sala Quinta de Revisión . (15 de febrero de 2019). *Sentencia T-063/19. [MP Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo]*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-063-19.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena . (25 de junio de 2014). *Sentencia C-387. [MP Jorge Ivan Palacio Palacio]*.

Dlestikova , T. (2020). Encuentros entre la justicia indígena y restaurativa en Colombia. *NovumJus*, 14(1),15-40.<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2020.14.1.2>

Forer, A. (2012). "Reparación simbólica: mecanismo eficaz para la justicia restaurativa". El Espectador.

Golub , S. (2003). *Non-state Justice Systems in Bangladesh and the Philippines (Sistemas de justicia no estatales en Bangladesh y Las Filipinas)*. Obtenido de Londres: Departamento de Desarrollo Internacional, Reino Unido.

Gomez, H. (2015). "Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político". Bogotá.

ICBF, (2016). "Ser restaurativo". Gaceta 01

INPEC, https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos-pro/dashboard/viewer.html?&j_username=inpec_user&j_password=inpec#/public/Reincidencia/Dashboards/Reincidencia_Nacional

Ley 599 de 2000. Código penal de Colombia https://leyes.co/codigo_penal/229.htm

Ley 906 de 2004. (1 de septiembre de 2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Obtenido de D.O. No. 45.658.

Llano, J. (2010) “*Relaciones entre la sociología y la antropología jurídica en Latinoamérica*”, *Iusta* 2, Recuperado de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3098>

Llano, J (2017) “*Teoría del Estado y del derecho: pluralismo jurídico*”. Bogotá.

Marchetti, E., & Daly , K. (2004). *Indigenous courts and Justice Practices in Australia. Trends and Issues in Criminal Justice (Cortes indígenas y prácticas de justicia en Australia. Tendencias y problemas en justicia criminal)*, No. 274. Obtenido de Canberra: Australian Institute of Criminology.

Martinez, S., & Hernandez, A. (2005). *Territorio y Ley en la sociedad wayuu*. Obtenido de Rihocha, Fondo mixto para la promoción de la cultura y las artes de la Guajira .

McCold, P. (1999). *Restorative justice practice—The state of the field*. Obtenido de Paper presented at Building Strong Partnerships for Restorative Practices Conference, Burlington, VT, USA.

Muñoz, G. (2013). “*Reflexiones sobre justicia transicional en Colombia: tensiones entre la justicia y la paz*”. Universidad de Caldas.

Ojeda , G. (2008). *El Universo Wayúu*. Obtenido de Barranquilla, Edición Jayari.

Ojeda , G. (2013). *Plan especial de salvaguardia (PES) del sistema normativo Wayúu aplicado por el palabrero. territorio ancestral wayúu: mincultura*;. Obtenido de Gobernación de la Guajira; Alcaldia de Maicao; Junta de palabrerros .

Patiño, M. (2015). “*La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos*.” *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas - UPB*. Vol. 45. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n122/v45n122a10.pdf>

- Pocaterra, J. (2006). *Principios culturales y lingüísticos que orientan las normativas de derecho consuetudinario wayúu*. Obtenido de Fronesis, 13(1), 92-107.
- Polo , N. (2016). *La reaparición y reconciliación en sistema normativo Wayúu*. Obtenido de Civilizar Ciencias Sociales y Humanas.
- Polo , N. (2017b). *Pilares y valores de la cultura Wayúu*. Obtenido de Verbum, Universidad Sergio Arboleda, (11), 41-52: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/verbum/article/view/635>
- Polo, N. (2017a). *El sistema normativo Wayúu: Módulo intercultural (línea de investigación indigenista)*. Obtenido de Universidad Sergio Arboleda: <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/1083/Sistema%20normativo%20Way%C3%BAu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Polo, N., & Ojeda , G. (2015). *Mirada a la cultura wayúu, base de su sistema normativo*. Obtenido de Verbum, Universidad Sergio Arboleda, (9), 109-117: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/verbum/article/view/204>
- Ponton , E. (2014). *Crítica a las normas institucionales de reparación a víctimas indígenas. Caso de Análisis: El pueblo Wayúu*. Obtenido de Bogotá: Universidad del Rosario.
- Jerez, A. (2018) "La justicia restaurativa en Colombia: un camino por recorrer". Universidad del Rosario. obtenido de https://www.urosario.edu.co/Investigacion-off/Divulgacion-cientifica-Ed-02_2018/Economia-y-Politica/La-justicia-restaurativa-en-Colombia-un-camino-po/
- Sala Plena de la Corte Constitucional . (09 de julio de 2014). *Sentencia C-463/14 [MP MARIA Victoria Calles Correa]*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>
- Salcedo , A. (2016). *La palabra de Juan Sierra*. Obtenido de Historias que laten : <https://www.historiasquelaten.com/la-palabra-de-juan-sierra/>
- Salcedo , A. (s.f.). *Como vive un Wayúu*. Obtenido de Soho, (55): <http://www.soho.co/historias/articulo/como-vive-un-wayuu/2781>

Sampedro, J. (2010). "*La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal*". Revista colombiana de derecho internacional 8.

Skelton , A., & Batley , M. (2006). *Charting progress, mapping Charting progress, mapping*. Obtenido de Institute for Security Studies, Restorative Justice Centre, 7.

UNODC. (2006). *Manual sobre programas de justicias restaurativa, serie de manuales sobre justicia penal*. Obtenido de Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito.

UNODC. (2019). *Manual sobre programas de justicia restaurativas, serie de manuales sobre justicia penal*. Obtenido de Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito.

Vega, L. (2016). "*Protección de testigos, víctimas y colaboradores con la justicia en la criminalidad organizada*". Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.

Wolkmer, A. (2003) "*Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*". Buenos Aires

Zaffaroni, E. (2012) "Descolonización y poder punitivo"