

USOS Y COSTUMBRES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: UNA ADMINISTRACIÓN AL SERVICIO DE SOCIEDADES PLURICULTURALES

Por Rosembert Ariza Santamaría

En la mayoría de ordenamientos jurídicos latinoamericanos se establece que la costumbre sólo es fuente de derecho a falta de norma legal expresa sobre el asunto. Así, predominan frente al tema tres posiciones: en primer lugar para los publicistas, el derecho consuetudinario no tiene función en el derecho administrativo; para otros, es una fuente subordinada de la ley, y la última posición expresa que la costumbre en el derecho administrativo se impone por sí sola y tiene el rango de ley.

La presente reflexión pretende hacer una mirada y análisis a esta última postura, sus alcances en las sociedades pluriculturales así como en las democracias latinoamericanas, y a partir del caso colombiano, revisar los usos y costumbres en el procedimiento administrativo.

La Constitución Política Colombiana de 1991, estableció la costumbre como fuente de derecho (artículos 330, 246, 94 de la constitución).¹ Los principios sobre los que se funda el Estado colombiano y la organización social, a partir de la premisa de respeto a la Constitución y a la ley

¹Corte constitucional, sentencia de Octubre 28 de 1993.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

-lo cual es congruente con la construcción democrática y unitaria del Estado-, brinda suficiente fundamento jurídico a la costumbre.

La Carta Constitucional colombiana estableció como principios del nuevo modelo de Estado Social y democrático de Derecho el respeto a la diversidad y riqueza étnica y cultural de la nación (C.P. Artículos 1, 7, 8, 70 y 330). Los usos y costumbres constituyen una de las principales manifestaciones de la cultura de un pueblo que, inclusive se toman en cuenta para identificar una nación y, dentro de esta, para reconocer una expresión singular de diversidad que debe ser amparada.

La jurisprudencia constitucional colombiana en los últimos años ha fijado sobre el tema los siguientes criterios:

Uno: A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.

-Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.

-Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Estas premisas fueron consagradas en la sentencia T-254 de 1994 y han servido desde entonces para decidir en diferentes casos, en particular, cuando se cuestiona la aplicación de derechos fundamentales que se estiman desplazados por los usos y costumbres de una comunidad indígena o por la actuación de sus autoridades.²

Estas reglas de interpretación aplicadas cuando se presentan diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos, tienen de suyo un gran sentido en nuestro continente, habitado por numerosos pueblos indígenas y diferentes etnias, que en muchos casos no son reconocidas por la denominada sociedad mayor.

El artículo 330 de la Carta de 1991 prescribe: “...*de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres*

² Ver en igual sentido, la Sentencia T-811 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana.

de sus comunidades...". En este precepto, se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado sólo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a las primeras. Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizados por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno propio indígena.

La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida ésta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría las disposiciones de la Constitución Política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía amplio otorgado a las comunidades indígenas por los artículos 7º y 246 de la Carta, con el fin de preservar los usos y costumbres de éstas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por el legislador y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto.³

La Corte Constitucional, siguiendo el espíritu de la Carta, considera que las diferencias étnicas y culturales son igualmente valiosas, de modo que no valen más las creencias de una determinada sociedad, su sistema jurídico, sus formas familiares, ni las maneras para obtener económicamente el sustento; todas ellas son formas de pensar y vivir la vida buena, según cada pueblo. Define que la sociedad colombiana está instituida por congregación de pueblos y sociedades culturales diferenciados, que determinan la imposibilidad de referirse a una sola noción y concepción, hegemónicas y unitarias, de la naturaleza humana. Las manifestaciones distintas que portan los colombianos, empíricamente demostrables, subrayan el carácter multicultural de la nación colombiana. Bajo estas condiciones, la Constitución admite y por lo mismo valora, que el individuo, como sujeto individual de derecho, y los pueblos, como sujetos colectivos de derecho, puedan definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en sus valores étnicos y culturales concretos, no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como por ejemplo se encuentra establecido por los estados liberales unitarios y monoculturales. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece a las necesidades políticas definidas por el constituyente para construir una democracia cada vez más

³ Sentencia C-139/96 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

inclusiva y participativa (Constitución Política, artículos 1 y 2). También se establece para atender la perspectiva según la cual la justicia constituiría un ideal incompleto si no atiende a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades, expuesto en el preámbulo de la Constitución, así como en los artículos 1, 7, 13 y 16.⁴

Con todo lo anterior queda claro el alcance jurídico de la costumbre como fuente inspiradora del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por su parte, los tratados internacionales de derechos humanos establecen el papel de la costumbre. En el caso de Colombia, conforme al artículo 94 de la Carta, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a pueblos indígenas y tribales, ratificado por ley 21 de 1991, también le otorga a la costumbre pleno valor normativo, cuando consagra en el artículo 8º: “- 1. *Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el propio sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

La costumbre en la mirada jurídica

La costumbre es una regla de derecho que funda su valor en la tradición y no en la autoridad del legislador. Se trata de una repetición de actos uniformes que forman una tradición con relevancia jurídica. Según el jurista romano ULPIANO, la *costumbre* es el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo lapso de tiempo.

El estado no puede argumentar la *costumbre* para perjudicar al administrado. La Administración Pública no puede adjudicarse derechos a

⁴ En cuanto a la diversidad étnica consultar, entre otras, las siguientes jurisprudencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-428 de 1992, T-342 de 1994, C-104 de 1995, T-496 de 1996, y SU-039/97

partir de la costumbre en perjuicio de los particulares. Los elementos de la misma son, a saber:

-*Inveterata consuetudo*, consiste en la costumbre que tiene arraigo en el grupo.

-*Opinio iuris seu necessitatis*, la convicción de que una costumbre obliga jurídicamente.

De hecho la costumbre tiene una formación distinta de la ley formal, existe la clásica división de la costumbre de linaje romano-canonista en *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*.

La costumbre *secundum legem* (en el sentido de la ley) supone siempre la presencia de la ley, la complementa y la interpreta.

La costumbre *praeter legem* (más allá o fuera de la ley) suple los vacíos del derecho legislado, introduce normas nuevas al ordenamiento jurídico y;

La costumbre *contra legem* (fuera y contra la ley) es y ha sido fuente de controversias doctrinales.

Este debate es bastante álgido en el derecho administrativo, donde parte de la doctrina considera que la costumbre *praeter legem* es fuente del derecho administrativo y la *contra legem* es rechazada por la mayoría de juristas, especialmente argentinos, pues arguyen que la ley no puede ser aniquilada sino por otra ley.

El artículo 17 del Código Civil colombiano, señala por ejemplo que no solo se puede invocar el uso contrario a la ley, sino también el desuso. Existen decisiones jurisprudenciales que han recibido las costumbres *contra legem*, tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo.

Otros autores sostienen que la costumbre administrativa no puede formarse con abstracción de la voluntad del Estado, lo cual conduce al predominio de ésta como innegable y de conformidad con la misma. Los usos tradicionales en el derecho administrativo entonces tienen cierta importancia. Y ello está en razón inversa del grado de ordenación positiva de tal derecho. Así, cuanto más legislado y codificado esté ese

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

derecho, tanto menor será la importancia de la costumbre como fuente de él, como afirma BIELSA.⁵

Un elemento clave en este análisis es el carácter local de la costumbre para nuestra ley. El artículo 13 de la ley 153 de 1887, habla de que sea general, no en el sentido de que se observe en todo el territorio nacional sino en el lugar donde se haya celebrado el acto jurídico y deban cumplirse las obligaciones en él originadas. El Código de Comercio, exige que los hechos que constituyan la costumbre “*sean uniformes, públicos y reiterados por un largo espacio de tiempo, a juicio de los tribunales del lugar donde han pasado las transacciones*”.

Los Usos y Costumbres desde la mirada de los Pueblos Indígenas

Sin duda una dificultad para los operadores judiciales es identificar en cada pueblo indígena los usos y costumbres, máxime si cada pueblo tiene sus propios usos y costumbres e incluso mismos pueblos tienen diferencias de un resguardo a otro. Por ejemplo, el pueblo Nasa del departamento del Cauca, entiende por usos y costumbres lo siguiente “*Es indistinto usos y costumbres, se toman como conceptos similares o complementarios de tal manera que no se diferencian tales ideas, por eso cuando se dice usos y costumbres es cuando se refieren a esas formas y procedimientos propios de hacer las cosas, como hacer justicia, por ejemplo, no tener en cuenta formalidades inoperantes para asumir los hechos, no mirar el grado de educación o título para que alguien asuma la investigación de un hecho, creer en los médicos tradicionales como guías en la búsqueda de la verdad, decidir en asamblea la suerte de un agresor, no admirarse ni hablar mal del otro porque ese mal se le puede revertir al que habla o a su familia, que las asambleas sean los domingos o lunes y no otro día, imponer el cepo, fuede o trabajo comunitario, haciendo caso a lo que la asamblea define, asumir una responsabilidad colectiva por la mala conducta de un comunero, ser consientes de que las malas conductas se da cuando no se están haciendo los rituales, cuando se está dejando de creer en normas de comportamiento que exige la naturaleza, por esa responsabilidad colectiva es que se asiste aun sin tener parte en los conflictos que se tratan en la asamblea y se aguan-*

⁵ Bielsa, *Derecho Administrativo*, 6ª Ed., Tomo I, p. 107 y ss.

Usos y costumbres en el procedimiento administrativo: una Administración al servicio de sociedades pluriculturales - Rosember Ariza Santamaría

ta hasta la hora que se termine, todo lo anterior significa proceder de acuerdo a los usos y costumbres.”⁶

La “Costumbre” es entonces un concepto pensado para especificar unas condiciones de repetición de actos y de hechos que se aceptan por todos y se toman como parte del acontecer sociocultural y que permite orientar el comportamiento colectivo.

De hecho, en el entender de esta comunera indígena, los usos y costumbres no tienen la misma comprensión que se tiene en el mundo occidental. La palabra como tal no existen en su lengua, lo que sí existe es una cosmovisión propia que no deslinda lo espiritual, social, económico y familiar en el acontecer de sus vidas.

Luego, esta situación crea para los jueces una dificultad cuando de entender tales usos se trata. Así, en una sentencia de unificación, la Corte Constitucional colombiana trata de dar algunos criterios para sortear esta situación.

El fallo SU-510 de 1998 reconoce que el juez no es un tercero necesariamente imparcial, pues tiene una identidad y unas posiciones culturales, aspectos que pueden intervenir negativa o positivamente en su decisión. El magistrado ponente en este fallo propone como salida que el mismo juez o un tercero experto, a su solicitud haga un análisis cultural, en el terreno de la antropología un peritazgo antropológico o en el de otras ciencias sociales, que contribuya a comprender un asunto que por la singularidad del objeto de estudio del derecho, puede ser ajeno o escapar al ámbito de conocimiento de los jueces ordinarios. Con este paso se desplaza a la Corte la pregunta por la imparcialidad del funcionario de una sociedad multicultural y pluriétnica, con base en las teorías de la justicia, hacia el contexto de las discusiones epistemológicas y metodológicas sobre el análisis cultural practicado por la etnografía.

¿Derecho indígena o usos y costumbres?

En gran parte de los países latinoamericanos con población indígena, los rasgos del derecho indígena actual están condicionados por la his-

⁶ En entrevista realizada a Miriam Liz Andela, Abogada Indígena del Pueblo Nasa. Noviembre de 2008 - Resguardo de Togoima, Tierradentro Cauca, Colombia.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

toria de los pueblos y su interacción desventajosa con el sistema dominante. No obstante ello, gracias a la pervivencia de su matriz cultural, los sistemas normativos indígenas se han adaptado y recreado, logrando sobrevivir a pesar de las condiciones de subordinación política y represión. Cabe anotar que cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas paralelos que nunca se tocan, sino de sistemas en interacción constante, con mutuas influencias. El problema es que los sistemas indígenas se encuentran en una situación política subordinada y ello condiciona su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo.⁷

También es pertinente reconocer que los estados latinoamericanos devienen de una línea filosófica que los ubica en estados liberales, unitarios y monoculturales, basados en el principio de derechos iguales para individuos iguales.

Como afirma Rodolfo Stavenhagen, las prácticas sociales más significativas que conforman la cultura de los pueblos indígenas, son las costumbres jurídicas propias: “...*el derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo... junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituyen un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad...*”.⁸ A diferencia del derecho positivo, el derecho consuetudinario opera sin Estado, mientras que las normas del derecho positivo emanan de una autoridad política constituida y son ejecutadas por órganos del Estado.⁹

Siguiendo a Stavenhagen, se podrían enumerar algunos de los asuntos que forman parte del derecho consuetudinario y que podrían ser material de esa competencia, entre las cuales se tiene: a) Normas de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición

⁷ Ariza, Santamaría, Rosembert (2007), “Armonización entre Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria - Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia”, en: *Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria: ¿un matrimonio imposible? - Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

⁸ Stavenhagen, Rodolfo (1990), “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en: *En-en: Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano (III) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), p. 27.

⁹ *Ibíd*

de los derechos y obligaciones de los miembros; d) distribución de los recursos naturales (agua, tierras, bosques, etc.); e) transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición de los hechos que puedan ser considerados como delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción; g) manejo y control de la forma de solución de los conflictos y, h) definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena.¹⁰

De acuerdo con Durand Alcántara, se trata de un derecho múltiple, complejo e histórico, sometido a ciertos cambios por su carácter dinámico, y que se mantiene en el tiempo por la práctica reiterada de los miembros de una comunidad.¹¹ No se debe pretender el establecimiento un único procedimiento para resolver los conflictos entre indígenas, puesto que se atentaría justamente con el carácter oral, dinámico y flexible de las diversas prácticas indígenas, las cuales no requieren de papeles, medios de grabación y demás trámites administrativos.

La ambigüedad del concepto de derecho indígena (consuetudinario) se presenta debido a tres distintas concepciones que antropólogos, abogados y juzgadores tienen de éste:

- a) derecho indígena como sistemas normativos;
- b) derecho indígena como *usos y costumbres*; y
- c) derecho indígena como normas jurídicas: como un conjunto de normas jurídicas emanadas de los pueblos y comunidades indígenas.

La dilucidación de estos conceptos adquiere importancia en la medida en que son llevados a la práctica por los impartidores de justicia, los verdaderos sistemas jurídicos indígenas son subestimados o rebajados a la mera categoría de *costumbres*, o de Mecanismos Alternativos de resolución de conflictos.

La interpretación del derecho indígena como *sistemas normativos*, se considera demasiado extenso, toda vez que bajo este concepto es posible agrupar una gran variedad de normas que no necesariamente son jurí-

¹⁰ *Ibid.* p. 31.

¹¹ Cabedo Mallol, Vicente (2004), “*El Derecho consuetudinario indígena*”. Conferencia presentada en la Universidad del Zulia (Venezuela), Marzo 2004, p. 8.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

dicas. Por ejemplo, las normas morales, religiosas o sociales que rigen en el interior de las comunidades indígenas. En este sentido, dar el nombre de *sistemas normativos* al derecho indígena, resulta desafortunado si lo que se quiere demostrar es el carácter jurídico de las normas que los pueblos y comunidades indígenas aplican en sus jurisdicciones territoriales. En otras palabras, identificar el derecho indígena con los *sistemas normativos*, en un sentido amplio, puede llevarnos a confundir las normas jurídicas de los otros tipos de normas, que sin ser jurídicas se conjugan con la misma intensidad en el interior de las comunidades indígenas.¹²

Por el contrario, la noción de derecho indígena planteada en el segundo de los casos (usos y costumbres), es reducida. De entrada, valga señalar que esta expresión no denota, ni siquiera implícitamente, estar constituidas por normas jurídicas. La acepción conjunta que se tiene de estos conceptos se refiere más bien a normas de carácter religioso, moral o social. Por ejemplo, la costumbre del pueblo triqui de asumir cargos de mayordomía o la prohibición del noviazgo antes del matrimonio. En otras palabras, la acepción conjunta de estos conceptos no existe en la teoría del derecho como norma jurídica o como fuente de derecho.¹³

En todo caso, la figura jurídica que más se asemeja a los usos y costumbres es el derecho consuetudinario y las *costumbres* como fuente de derecho pero no la noción conjunta de *usos y costumbres* como un concepto jurídico en sí. De ahí que identificar este concepto con el derecho indígena equivale a negarle existencia y validez a este último.

En la práctica jurídica es donde se manifiestan los efectos negativos de la ambigüedad con la cual es tratado este concepto. En efecto, los alegatos formulados por los defensores en diversos asuntos tendientes a acreditar alguna norma jurídica indígena o la actuación de alguna autoridad indígena en uso de sus facultades son desechados por los juzgadores argumentando que este tipo de normas o actos constituyen sólo *usos y costumbres* que no trascienden en el operador de justicia, quien prefiere usar las normas jurídicas ya establecidas en las leyes positivas para emitir su resolución.

¹² Ariza Santamaría, Rosembert, Op.cit

¹³ Gómez, Herinaldy (2006), Ponencia presentada en México Congreso de RELAJU, Octubre de 2006.

La actual interpretación de lo que se ha dado por denominar *pluralismo legal* o *jurídico*, como uno de los nuevos paradigmas surgidos en los últimos años, ha venido cuestionando la concepción del derecho estatal, que se presenta como una “...*ley única, autónoma y autocrática*”, omnipresente en todos los ámbitos de la vida social de los Estados naciones.¹⁴ El llamado “monismo jurídico”, impuesto por la teoría jurídico positivista de Hans Kelsen, concibe al Estado como la única entidad capaz de crear normas, procedimientos y estructuras administrativas y judiciales para regular los conflictos que se plantean entre los miembros de una sociedad, a través de los órganos del poder público, es decir, que ello implica el “...*monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica*”,¹⁵ sin dar espacio a otros sistemas jurídicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al derecho consuetudinario

La actuación de los órganos del sistema en relación con los pueblos indígenas ha venido generando, sobre todo a partir del caso *Awas Tingni*, una jurisprudencia cada vez más elaborada en relación con el contenido de los derechos de los pueblos indígenas en el continente americano. Esta jurisprudencia ha sido desarrollada tanto por la Corte como por la Comisión, generalmente en casos individuales bajo procedimientos de carácter contencioso, aunque también en relación con otro tipo de procedimientos como las medidas provisionales, en el caso de la Corte, o las medidas cautelares y los informes especiales y sobre países, en el caso de la Comisión. En el procedimiento contencioso, las decisiones de la Comisión y la Corte no sólo vinculan a los Estados responsables de violaciones de derechos humanos en los casos específicos (el denominado efecto interpartes) sino que también generan interpretaciones generales de los derechos consagrados en la Convención, en la Declaración y en el resto de instrumentos del sistema, interpretaciones dotadas de autoridad que vinculan también al resto de los Estados en la aplicación de estas normas (efecto *erga omnes*).

La Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse en casos

¹⁴ De Sousa Santos, Boaventura (1997) “Una concepción multicultural de los Derechos Humanos”, en: *Revista Memoria*. N° 101, México, p. 170.

¹⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999), *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, p. 11-12.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

de violaciones masivas del derecho a la vida en el contexto de masacres perpetradas contra comunidades indígenas en países con conflictos armados o como parte de campañas de violencia perpetradas contra dicho pueblos, bajo motivaciones genocidas. En estos casos, los Estados asumieron la responsabilidad de las atroces violaciones cometidas por regímenes anteriores, pero se planteaba la cuestión fundamental de reparar a los familiares de las víctimas de estas violaciones. Los órganos del sistema interamericano han desarrollado una jurisprudencia bastante amplia sobre las reparaciones de violaciones al derecho a la vida consagrada en la Convención Americana, que busca desagraviar las pérdidas irreparables de vidas humanas con compensaciones monetarias a los familiares de las víctimas por daños materiales e inmateriales sufridos. Sin embargo, la condición indígena de las víctimas ha llevado a los órganos del sistema a desarrollar una serie de principios respecto al tema particular en estos contextos indígenas.

Un primer precedente en este sentido fue establecido por la Corte en el caso *Aloeboetoe et. al. v. Surinam*. Los hechos que fueron objeto de la denuncia en este caso se retraen a 1987, cuando seis personas de origen saramaka fueron masacrados por fuerzas del ejército surinamés bajo acusaciones de que pertenecían a un grupo guerrillero. En la audiencia ante la Corte Interamericana sobre excepciones preliminares en el caso, celebrada en 1991, el estado de Surinam reconoció su responsabilidad internacional por dichas muertes, pasándose entonces directamente a la fase de reparaciones.¹⁶ Para el cálculo de éstas, la Corte envió un relator especial a Surinam, quien pudo comprobar las condiciones de vida de las comunidades saramaka afectadas y las consecuencias de los crímenes sobre éstas.¹⁷

Tomando en consideración los datos aportados por esta misión, la Corte se desvió de su práctica habitual sobre el cálculo de las reparaciones, alegando que “las leyes de Surinam relativas al derecho a la familia” no tenían validez para la “tribu Saramaka”, que aplica su propio derecho consuetudinario sobre estas cuestiones.¹⁸ Bajo esta premisa, la Corte decidió calcular las reparaciones tomando en cuenta el propio derecho consuetudinario saramaka, aunque tamizado por considera-

¹⁶ Caso *Aloeboetoe* (Fondo), Sentencia de 4 de Diciembre de 1991, Serie C (No11) (1991), párr. 22.

¹⁷ Caso *Aloeboetoe* (reparaciones), Sentencia de Septiembre de 1993, Serie C (No 15) (1993), párr. 40

¹⁸ *Ibid.*, párr. 58.

Usos y costumbres en el procedimiento administrativo: una Administración al servicio de sociedades pluriculturales - Rosember Ariza Santamaría

ciones-de compatibilidad con los derechos de la Convención Americana, especialmente en relación con la igualdad de género. Según la Corte: “El derecho surinamés...no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaka.”

Sobre esta premisa, la Corte ordenó al estado de Surinam el pago de la indemnización respectiva a las múltiples esposas, así como a los padres y madres de las víctimas, según el derecho saramaka en la versión de la Corte.¹⁹

A manera de conclusión

Se presentaron diferentes debates alrededor de los usos y costumbres y su alcance como fuente de derecho, como norma o ley propiamente dicha, en el entendido de recrear un debate que no se cierra con estas apreciaciones y que por el contrario pretende mantener una fecunda discusión con todos los estudiosos del derecho, que puedan estar o no de acuerdo con estas opiniones.

Cierto es que se cuenta con una jurisprudencia nacional e internacional bastante prolija en la materia, la cual vale la pena revisar entrando del reconocimiento de los usos y costumbres. Sea cual fuere la posición que se asuma por parte de los tratadistas y los operadores del derecho administrativo, frente al tema de los usos y costumbres, el Estado social de derecho cambió los esquemas tradicionales y rígidos, dando lugar a una concepción de administración pública que de hecho debe estar en consonancia con nuestras sociedades pluriculturales.

Bibliografía

- Ariza, Santamaría Rosember (2007) “Armonización entre Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria - Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecu-

¹⁹ *Ibid.*, párr. 66.

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

dor y Bolivia”, en: *Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria: ¿un matrimonio imposible? - Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

- Barco Alza, Carlos (2007), *Población indígena. Derechos de participación. Derechos indígenas: balances de avances jurídicos y retos pendientes*, Lima, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Congreso de la República.
- Cabedo Mallol, Vicente (2004), “*El Derecho consuetudinario indígena*”. Conferencia presentada en la Universidad del Zulia (Venezuela), marzo 2004
- Carrillo Prieto, Ignacio (1994), “Algunas tendencias actuales de la teoría del derecho”, en: J. Luis Soberanes (compilador), *Tendencias Actuales del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica.
- Clavero, Bartolomé (2006), “Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas”, en: *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos - Universidad de Deusto. Serie Derechos Humanos, Vol.14.
- Chinchilla, Tulio Elí (1997), “¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?”, en: Hernán Augusto López (editor), “*Estudios de Derecho*”, No. 127, Volumen LVI, Medellín, Universidad de Antioquia.
- Comisión Internacional de Juristas (2005), *La justicia en Guatemala: un largo camino por recorrer*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas. Disponible en http://www.icj.org/IMG/pdf/ICJ_Guatemala_Report_Spa.pdf
- De Sousa Santos, Boaventura (1997) “*Una concepción multicultural de los Derechos Humanos*”. Revista Memoria. N° 101. México.
- Gaviria, Carlos (1998), “Justicia Indígena en la Constitución Colombiana de 1991”. Ponencia presentada en el Taller Internacional *El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam, CEDLA.

- Gómez, Magdalena (1997), *Derecho Indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para Las Naciones Unidas, A.C. México.
- Léger, Marie (2002) “El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. ¿Amenaza o ventaja?”, en: Publicación electrónica del seminario *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas*. Ponencia de los participantes y síntesis de las discusiones, Nueva York, 18 de mayo de 2002. Disponible en <http://www.ichrdd.ca/site/publications>
- Ministerio de Justicia y Derecho (1997), *Del Olvido surgimos para traer Nuevas Esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*, Santa Fé de Bogotá.
- Sánchez Botero, Esther (2004), *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, 2ª ed., Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
- _____ (1998), “La Tutela en Colombia como medio de la transformación de las relaciones Estado Pueblos Indígenas en Colombia”. Ponencia presentada en el Taller Internacional *El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam, CEDLA.
- Stavenhagen, Rodolfo (1990), “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en: *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano (III) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Velásquez, M. C. (1998) “Frontera de Gobernabilidad Municipal de Oaxaca, México: El reconocimiento Jurídico de los “Usos y Costumbres” en la renovación de los Ayuntamientos Indígenas”. Ponencia presentada en el Taller Internacional *El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam, CEDLA.
- Vinding, Diana (editora) (2004), *El mundo indígena 2004*, Lima, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – IWGIA

Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

- Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999), “Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”, Capítulo IV.2 - Pautas para el reconocimiento constitucional del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal, en: *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack. Disponible en <http://alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>