

¿Tuvieron un sistema de derecho los primeros pobladores del territorio que hoy se conoce como Colombia?

¿Tuvieron un sistema de derecho los primeros pobladores del territorio que hoy se conoce como Colombia?

Did the first settlers of the territory now known as Colombia have a system of law?

Elkin Horacio Jurado Beltrán¹

Resumen

Diferentes estudios indican que los primeros pobladores del espacio geográfico que hoy ocupa Colombia pueden datar de hace catorce mil años aproximadamente. En la actualidad, se encuentran muestras de arte rupestre que pudieron haber sido realizadas por grupos de cazadores-recolectores, hace alrededor de ocho mil años. Con el presente artículo, gracias al hecho de haber adoptado una definición del derecho como sistema jurídico, y de contrastarla con argumentaciones arqueológicas sobre las comunidades ancestrales, se concluye que, en efecto, desde tan remota época, ya se contaba con un sistema jurídico. Como apoyo de este planteamiento, se revisará también lo que han sido las aproximaciones desde la historia del derecho en Colombia.

Palabras clave: definición de derecho, historia del derecho, derecho precolombino, arqueología colombiana, derecho indígena

Cómo citar este artículo: Jurado, E. H. (2022). ¿Tuvieron un sistema de derecho los primeros pobladores del territorio que hoy se conoce como Colombia? *Revista Nueva Época*, 58, 143-174. <https://doi.org/10.18041/0124-0013/nuevaepoca.57.2021.9107>



¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Profesor del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Correo: elkinh.juradob@unilibre.edu.co

Abstract

Different studies indicate that the first settlers of the geographic space that Colombia occupies today may date back approximately fourteen thousand years ago. At present, there are samples of rock art that may have been made by groups of hunter-gatherers around eight thousand years ago. This article, by adopting a definition of law as a legal system and contrasting it with archaeological arguments about ancestral communities, concludes that, in fact, a legal system was already in place in such remote times. In support of this approach, we will also review the approaches from the history of law in Colombia.

Keywords: definition of law, history of law, pre-Columbian law, Colombian archeology, indigenous law

¿Los primeros pobladores, aquellos que transitaron hace varios miles de años el territorio que hoy es Colombia, tuvieron derecho, entendido este como un ordenamiento jurídico? A través del presente artículo, se pretende argumentar que, efectivamente, fue así.

1. ¿Qué es derecho?

En primer lugar, para asegurar si se tuvo o no derecho, se requiere aproximarse a una definición de este, y, aunque es evidente que ello excede los propósitos del presente artículo, resulta claro, pertinente y, además, necesario que se pretenda responder qué es derecho; dado que así se establece un marco de referencia para contestar la pregunta principal del

presente escrito, relativa a los primeros pobladores del territorio que hoy se conoce como Colombia.

Animarse a una definición de derecho es una tarea compleja, en la medida en que siempre las instituciones jurídicas reúnen matices, posiciones, diferencias y divergencias, que generan polémica a lo largo y ancho de toda la dinámica jurídica; por ello, para aproximarse a una definición de derecho, a continuación, se exponen brevemente las tres teorías más representativas² para, a partir de estas, indicar la posición del autor del presente trabajo.

² En este punto, se sigue la exposición de Bobbio (1997).

1.1. Teoría del derecho desde la relación intersubjetiva

En la *teoría intersubjetiva* o *teoría de la relación*, el componente básico y explicativo es la relación interpersonal; desde esta teoría, dos o, eventualmente, más personas (teoría del contrato pluripersonal) realizan un trato por el cual disponen de alguno de sus intereses. De esta disposición de intereses nace el derecho, dado que las diferentes relaciones van generando en los partícipes un determinado comportamiento o conducta; esta teoría está en la génesis misma de las relaciones interpersonales que tienen los seres humanos, parte del reconocimiento de la dignidad humana expresada en la autonomía de la voluntad, y es también una teoría que soportaría la formación del Estado moderno.

A partir de la relación intersubjetiva, es posible la formulación de toda la teoría sobre las obligaciones, sostén no sólo del derecho privado, sino de varias instituciones jurídicas de las diferentes ramas del derecho. En torno a la relación jurídica, Hinestrosa (2007) indica lo siguiente:

En la relación, que es uno de los conceptos básicos del derecho, siempre se encuentran dos sujetos frente a frente: alguien que puede y alguien que debe. La simultaneidad y la reciprocidad de poder y deber son evidentes e ineludibles, al

punto de no ser concebibles escindidos. El ordenamiento resuelve el conflicto, cierto o potencial, entre los dos sujetos, con la primacía y la subordinación correlativas de uno y otro. (p. 41)

1.2. Teoría del derecho como institución

Para esta teoría, lo primero que surge es una organización traducida en una sociedad, bien sea una sociedad incipiente o “avanzada”, en donde se genera el espacio, en virtud del cual se entretajan las diferentes relaciones; esta sociedad nace para unos determinados fines y, para efectos de acercarse a la definición de derecho, tendría como objetivo el orden. Entonces, se erige este propósito como ese fin clave para que los miembros de esa sociedad tengan una adecuada interrelación de los comportamientos o conductas de acuerdo con sus intereses; esta sociedad devendrá como consecuencia del fin en una organización que lo afiance, con lo cual se crea una institución, que sería la generadora de las normas regulatorias de la sociedad embrionaria.

Romano (como se citó en Bobbio, 1997) explica lo siguiente: “(...) los elementos constitutivos del concepto de derecho son tres: la sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiende el derecho; y la organización,

como medio para realizar el orden” (p. 8). “Se puede decir, en síntesis, que, según Romano, existe derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o también, con palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado”. (p. 8)

La teoría del derecho como institución permitió explicarlo, ampliando la visión tradicional del Estado, en la medida en que, con su formulación, el Estado no es el único productor de normas; en este sentido, permite la sustentación de ordenamientos jurídicos, en los cuales las normas regulatorias no surgen necesariamente de la entidad legislativa estatal, por ejemplo, el ordenamiento jurídico internacional o el denominado *derecho canónico*.

1.3. Teoría normativa del derecho

El ser humano vive en un mundo de normas, cuenta con normas que

regulan todos los aspectos de la vida; pero hay una primera y gran diferenciación entre en las normas de la naturaleza que están fundadas en la necesidad y las normas regulatorias del comportamiento que son de la libertad. Al respecto, Gaviria Díaz (1994) sostiene:

Haciéndonos cargo de la oposición gnoseológica, postulada por Hume y Kant, entre lo que es y lo que debe ser, es decir, del aserto de que ser y deber ser, como formas ordenadoras del conocimiento, son irreductibles, es dable señalar diferencias significativas entre las leyes de la naturaleza y las normas rectoras de la conducta humana. (p. 13)

En cuanto a las normas de la libertad, se distinguen tres grupos: las *normas morales*, las *sociales o reglas del trato* y las *normas jurídicas*; a continuación, en la Tabla 1, se resumen sus características.

¿Tuvieron un sistema de derecho los primeros pobladores del territorio que hoy se conoce como Colombia?

Tabla 1. Normas jurídicas, normas morales y normas sociales o reglas del trato

Normas jurídicas	Exterioridad (predominante) Alteridad Coercibilidad Heteronomía
Normas morales	Interioridad (predominante) Unilateralidad Incoercibilidad Autonomía
Reglas del trato	Exterioridad (exclusiva) Unilateralidad Incoercibilidad Heteronomía

Gaviria Díaz (1994, p. 83)

Por tanto, el derecho será un sistema de normas con unas características particulares que lo diferencian dentro de los demás sistemas normativos; Bobbio (1997) expone sobre su enfoque normativo lo siguiente:

(...) el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por lo tanto,

de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa. (p. 3)

Respecto de la norma jurídica, esta se somete a tres valoraciones que develarán su “juridicidad”, lo cual, a su vez, genera tres problemas: “1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica” (p. 20).

Esbozadas las tres teorías, surge entonces la gran discusión que en el ámbito jurídico se genera, al asumirse una sola teoría explicativa del derecho; para efectos del presente escrito se estima que las tres teorías son necesarias y complementarias para dar una adecuada explicación sobre qué es el derecho; es decir, se considera que una sola teoría no abarcaría de manera completa la experiencia jurídica del ser humano. En este sentido, y a pesar de ser expositor de una teoría esencialmente normativa, Bobbio manifiesta lo siguiente:

Se puede agregar aun esta otra consideración: las tres teorías no se excluyen mutuamente y, por lo tanto, es estéril toda batalla doctrinal por hacer triunfar una u otra. Diré, más bien, que estas tres teorías se integran útilmente entre sí. Cada una de ellas pone de relieve un aspecto de la multiforme experiencia jurídica: la teoría de la relación, el aspecto de la intersubjetividad; la de la institución, el aspecto de la organización social; la normativa, el aspecto de la regulación. (p. 19)

Si se observa, en esencia, el derecho está dirigido y encaminado al ser humano, este es su razón de ser y, cabe pensar, es concomitante con su existencia misma; seguramente, los primeros seres humanos tuvieron

unas primeras interrelaciones entre ellos y, con respecto a esas primeras interrelaciones, se podría entender que, aunque incipientes, expresaban la individualidad de cada ser, lo cual pone de manifiesto la *teoría intersubjetiva del derecho*.

Piénsese en el vínculo que surgía entre dos o más cazadores al unir sus esfuerzos para tomar una presa, o en los vínculos que surgían de la convivencia, en el marco de unas condiciones ecológicas, climáticas, alimenticias, espirituales y otras más que, paulatinamente, constituyen el germen de la cultura de ese grupo; tal vínculo es una interrelación que se constituye en una disposición de intereses a través de una manifestación de voluntad, expresada acorde con su cosmovisión, expresa o tácitamente, con símbolos concretos o abstractos, con acciones u omisiones en el comportamiento; pero, en todo caso, dirigidas a generar en la otra parte o partes la convicción del ligamento en el comportamiento (*ob ligare*).

La expresión de la voluntad, en las primeras relaciones interhumanas, de seguro no fue instantánea ni enmarcada dentro de un determinado comportamiento preceptuado; pero sí con la conciencia ya plenamente formada del ser humano que le permitiera comprender sus actos; en esta comprensión de los actos realizados,

los seres humanos comienzan a asimilar que se debe respetar ese acuerdo que se ha concretado y, por tanto, se podría ver que este primer momento es una clara expresión de la teoría de la relación intersubjetiva.

Ahora bien, resulta que esa relación no sólo se manifiesta entre dos seres humanos, el trasegar del tiempo permitirá al cúmulo de estas relaciones primigenias romper el estrecho círculo y comenzar a vincular a la *gens*, al clan, convergiendo intereses compartidos, posibles y ligados de manera preliminar a la subsistencia como individuo y como grupo; como conjunto de seres con intereses y objetivos comunes necesariamente surgirá una sociedad que se constituirá en una organización, en una institución.

Desde la más incipiente hasta la más estructurada organización de seres humanos estará mediada, de acuerdo con las mismas necesidades de grupo, y es entonces cuando esa institución va a generar un cúmulo de normas encaminadas a estructurar el orden para que esta sociedad pueda cumplir con los fines planteados; de allí que las normas del grupo, en particular, obedecerán a las condiciones de toda índole que condicionan a esa sociedad.

De esta manera, ahí se encuentra también el derecho cuando, más allá de

la interrelación de dos o más sujetos, se constituye una sociedad que, al instituirse de manera concomitante, creará las normas de su propia creación, funcionamiento, administración, operación y, obviamente, de reglamentación de la conducta de sus asociados, todo ello en una clara muestra de la aplicación de la teoría del derecho institucionalista.

Estas normas de conducta generadas por ese grupo social deberán reunir los parámetros propios para ser normas de carácter jurídico; es decir, responder positivamente a los problemas de la justicia, la validez y la eficacia. La norma jurídica será válida, siempre que sea emitida por el órgano competente; la norma será justa, en la medida en que responda al criterio de justicia de esa determinada sociedad; y será eficaz, si los destinatarios cumplen de manera efectiva la norma.

2. La historia del derecho en Colombia

La historia del derecho en Colombia ha estado básicamente concentrada en lo que correspondería a la época que se podría denominar *republicana*; esto es, aquella que va desde los acontecimientos temporales conocidos como la independencia de la monarquía española, con algunas valiosas e im-

portantes excepciones³. No obstante, el propósito básico de este escrito es, precisamente, sustentar que la historia del derecho colombiano debe partir desde los primeros pobladores, que son anteriores a las comunidades indígenas y se remontan a varios miles de años atrás.

De la observación de diferentes textos relativos a la historia del derecho se encuentra que, si bien hay un interés por acercarse al estudio del derecho, desde la denominada *época precolombina*, podría considerarse que tales aproximaciones se realizan desde la visión del ajeno, extraño o tercero observador; o sea, sin la apropiación de una historia común y, por tanto, de una vertiente con algún grado de influencia en el derecho local; dicho de otra manera, las posturas, al abordar el estudio de tales sistemas de derecho, se posicionan como si fuesen realizadas, por ejemplo, desde la óptica europea, es decir, partiendo desde sus instituciones jurídicas.

En este sentido, Guier (1964) expresa lo siguiente:

No es sino hasta ahora, en la plenitud del siglo XX, cuando América se ha dado cuenta de su formación

antropológica. El americano, en efecto, posee una mentalidad doble: la hispánica y la genuinamente aborigen. Se ha estudiado bastante nuestro primer componente, mas el segundo se ha dejado generalmente en el olvido.

Obsérvese este ejemplo:

En el muy importante estudio realizado por Morales Benítez (2007), se reseñan varias instituciones jurídicas de distintas comunidades indígenas anteriores a la llegada de los españoles; en algunas de ellas se reseña el tratamiento de la “herencia”. Con respecto a los muisca, el mencionado autor indica:

La herencia se efectuaba por vía maternal. No heredaban los hijos, sino los hermanos. Si no existían estos, entonces, sucedían los hijos de los hermanos muertos. A estos, como no los heredaban los hijos, esa herencia correspondía a los sobrinos y primos. El padre Simón manifiesta que la sucesión es para el sobrino, hijo de la hermana del cacique. (p. 182)

En relación con las tribus señoriales del Valle del Cauca, Hermann Trimborn (como se citó en Morales Benítez) señala lo siguiente:

Ya hemos demostrado que este derecho a la herencia no se limita-

³ El presente escrito cita algunos estudios que han abordado el tema, sin pretender ser exhaustivo y omnicompreensivo en este punto.

ba a viviendas y tierras, sino que, al rescatar en parte las ofrendas funerarias, se extendía también a bienes muebles; y resultó, en todos los casos, una sucesión patriarcal, es decir, un derecho exclusivo primario de herencia por parte del hijo mayor (de la mujer principal), cuyo lugar sólo “subsidiariamente” podía ocupar un hijo de la hermana. (p. 191)

En cuanto a los mayas, tomando como referencia a Juan de Dios Pérez Galaz⁴, Morales Benítez pone de manifiesto lo siguiente: “Las hijas no heredaban legalmente nada del padre. La herencia se dividía entre los hijos varones por partes iguales. La herencia del menor la recibía el tutor. No existían legados. No hubo sucesión testamentaria, pues el testamento no se conocía” (p. 263).

Finalmente, en lo relativo a los incas, Basadre (como se citó también en Morales Benítez) expone lo siguiente:

El problema histórico de la herencia, en general, está íntimamente vinculado al desarrollo de la propiedad privada. No se puede heredar sino lo heredable, es decir, la propiedad privada de valor económico.

La propiedad clánica o familiar no entra aquí en consideración, porque los grupos en sí son perdurables. Dentro de la misma propiedad individual, tampoco pasa a la masa hereditaria aquella parte que acompaña al muerto y con él es enterrada (vestidos, adornos, armas, herramientas, etc.). (p. 281)

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que muchos estudiosos del derecho se interesaran por investigar sobre las instituciones hereditarias en los pueblos indígenas, lo cual no sólo es válido, sino necesario; la cuestión sería: ¿Cuántos de dichos estudios considerarán elementos adicionales a la estructura jurídico-legal tradicional? ¿Cuántos estudios procurarían realizar una aproximación desde las eventuales cosmovisiones indígenas?

Nótese, para efectos de la respuesta a las preguntas anteriores, que la perspectiva jurídica de estudiantes, juristas e investigadores respecto de las instituciones hereditarias cambiaría si se considera lo siguiente:

(...) los pobladores del Viejo Mundo y los del Nuevo Mundo pensaban distinto, y eso explica las diferencias. (...) Los objetos se consideran con frecuencia seres animados, y los seres animados, a su vez, no conforman un universo separado de la existencia y de la concien-

⁴ Véase Pérez Galaz (1983). *Derecho y organización social de los mayas* (2.ª ed.). Editorial Diana.

cia humana. Como ha descrito de forma brillante Marshall Sahlins, nuestra sociedad concibe la naturaleza como un “algo” externo con vida propia que básicamente se define porque no es humana. En estos términos, los humanos actúan sobre la naturaleza de acuerdo con su programa racional, sujeto a un reduccionismo económico o biológico. No obstante, esta idea se opone a la manera de ver el mundo de muchas sociedades indígenas, según la cual los animales, las plantas, e incluso los objetos, frecuentemente se describen como seres que viven en sociedad, tienen género, jefes y hacen ceremonias. Son, además, seres con alma que pueden comunicarse con otros a través de sueños y visiones. (Langebaek, 2021)

En contraste con la cita anterior, las cosas en el sistema jurídico romano-germánico (que es al que pertenecen los ordenamientos jurídicos latinoamericanos) son bienes *inanimados*, sobre los cuales el titular (ser humano) ejerce derechos reales; visión muy distinta de la de algunos grupos indígenas, con lo cual hacer un análisis únicamente externo de su sistema jurídico es contar sólo una parte de la historia. Por ello, es dicente esta afirmación de Langebaek (2022): “Los colombianos hicieron con los indígenas lo mismo que los españoles.

La Conquista no terminó en el siglo XVI” (BBC News).

Entonces, es posible advertir que el estudio del sistema de derecho local no debería tener como componente casi exclusivo el derecho europeo; sino que, tratándose de una sociedad pluriétnica y mestiza como esta, algún grado de influencia ha debido tener el derecho de los antepasados; el grado de influencia constituiría por sí mismo una línea de investigación o estudio.

Ahora bien, la historia del derecho en Colombia no ocupa un lugar especial en los planes de estudio académicos. En este sentido, Villegas (2009) afirma lo siguiente:

Las investigaciones que se han ocupado de temas relacionados con la historia del derecho no representan un número significativo; podría decirse, más bien, que es una línea de investigación con poca fuerza en la academia jurídica y en la historiografía colombiana. (p. 5)

No obstante, existen varios trabajos de diferentes investigadores, que Gaviria Gil ha clasificado en tres grupos:

Una primera corriente asimila la historia del derecho a la historia de la legislación, es decir, a la relación de las normas expedidas en el país durante un período determinado,

o a la enunciación de las obras publicadas por la doctrina local sobre un tema específico; pero también podemos incluir, en este grupo, a quienes hicieron historia de los “héroes”, en este caso, juristas y abogados que crearon las primeras normas del Estado. Los autores que han cultivado esta forma de hacer historia, generalmente, son considerados por la Academia Colombiana de Historia y la Academia Colombiana de Jurisprudencia como los precursores de la historia del derecho en el país; aunque, en algunas ocasiones, su producción no sea muy abundante ni profunda.

(...)

En un segundo grupo están aquellos autores que, aunque tienen intereses temáticos muy distintos e investigan con metodologías muy diferentes, cuentan con un trabajo sistemático y permanente sobre historia del derecho, o con una producción bastante amplia en libros y revistas de historia y derecho.

(...)

En el tercer grupo se encuentran aquellos autores con una producción más reducida sobre historia del derecho, porque el resto de sus publicaciones son de carácter dogmático o sobre temas

históricos diferentes, o porque apenas comienzan a trabajar esta materia.

El punto de vista del presente trabajo es que es posible construir una historia del derecho en Colombia, partiendo de los primeros pobladores, es decir, dando por sentado que sí tuvieron un sistema jurídico; esto permitirá ser consecuente con todo el proceso de positivización de los ordenamientos jurídicos indígenas, y no verlos como ramas extrañas a la historia propia, sino, por el contrario, apropiarlos yendo más allá de la concesión o reconocimiento multicultural; vinculándolos con el territorio desde una temporalidad milenaria para afianzar una visión mística de una Colombia unitaria y diversa.

Es importante ser consciente de la dificultad de una línea de investigación de historia del derecho que parta de las primeras evidencias de presencia humana. No obstante, tal dificultad no es óbice para emprender tamaña empresa; lo que sí se hace necesario es que, desde la óptica planteada, no se limiten las posibilidades del estudio del derecho a la revisión de textos compilatorios o normativos del derecho; dado que la expresión normativa de los antepasados fue básicamente oral (lo cual *per se* no les resta el carácter jurídico) y es sobre las diferentes revelaciones de

su cultura que se deben encontrar sus manifestaciones jurídicas.

De ahí que no se comparta la muy autorizada opinión de Londoño Hidalgo (2014):

El principal problema al que se le debe encontrar una solución consiste en que, a diferencia de muchos otros países del mundo, en Colombia aún no se ha hallado una codificación o compilación, que nos permita descubrir el mundo del derecho antiguo del territorio que hoy es Colombia. Hay varios indicios de la existencia de complejos códigos de normas dictados por los principales legisladores que, por haber sido realizados de manera oral, se perdieron en el tiempo. Los arqueólogos y estudiosos no descartan que en algún lugar se encuentre algún documento escrito que nos permita tener mayor información. (p. 70)

Eso sí, cabe resaltar y compartir la posición de Londoño Hidalgo cuando afirma lo siguiente: “Hoy en día, gracias a la recuperación de las obras de historia del derecho, sabemos que los antecedentes de nuestro derecho se remontan a un par de miles de años atrás, (...)” (p. 70); opinión que contrasta con la de José Joaquín Casas, “quien se desempeñaba como presidente del Consejo de Estado hacia 1924”, y para

quien “el derecho colombiano surgía en 1821 con la primera ley promulgada; y citaba como la primera gran obra nacional la Recopilación de leyes de la Nueva Granada, publicada en 1843” (*ibidem*).

Por desgracia, la posición de Casas, al parecer, no es la única en ese sentido; entre otras, pueden verse opiniones así:

Tradicionalmente, se ha considerado que el derecho sólo apareció en Colombia en el siglo XVI cuando llegaron los conquistadores españoles e impusieron sus leyes, y que, antes de esa época, aquí no existían sino tribus indígenas salvajes, incapaces de producir manifestaciones culturales de nivel superior. Así lo han sostenido la mayor parte de los historiadores e intelectuales que han orientado la cultura nacional. Para no citar sino unos pocos ejemplos: (...) Alfonso López Michelsen, en conferencia dictada con motivo del IV centenario del establecimiento de la Real Audiencia del Nuevo Reino de Granada, decía: “En verdad, podemos afirmar que lo que se celebra esta noche, (...) es la aparición del concepto de derecho en nuestro suelo; (...) Es también, pues, esta fecha, por excelencia, la fiesta del derecho colombiano. (Suescún, 1998, p. 16)

Y, aun yendo más allá, se llegó al punto no sólo de desechar los sistemas jurídicos de las comunidades primigenias, sino de desconocerles la posibilidad de una cultura; en este sentido, Suescún continúa citando:

Álvaro Gómez Hurtado: (...) América fue, desde un principio, una entidad histórico-geográfica para ser hecha. No se trataba de apropiársela ni de mezclarse con ella ni de influir en su evolución. Todo esto hubiera presupuesto su existencia. De lo que se trató siempre fue de crearla. Al descubrir el Nuevo Mundo, lo que se encontró fue la tierra, el espacio geográfico apropiado para el maravilloso y cautivador ensayo de construir una civilización. Era un espacio vacío de formas culturales (...) Carlos Holguín decía en 1876: La conquista de América se manchó con excesos y crímenes que acaso no estuvo en manos de nadie impedir: pero es innegable que sacar un continente del caos a la vida, de la barbarie a la civilización, darle forma, leyes, lengua, religión, fue hacerle un inmenso beneficio, casi tanto como haberle dado la existencia. (p. 16)

Como se infiere, entonces, no sólo es prudente, sino necesario incluir en el espectro de estudio del derecho colombiano el derecho y sus orígenes, con el fin de erradicar visiones cerradas

que desconozcan todas las valiosas manifestaciones culturales.

3. Derecho primigenio colombiano

Cabe pensar que el término *precolombino*⁵ no es adecuado para referirse al derecho de los antepasados; dado que transmite la idea de un derecho que no era colombiano, un derecho de unos grupos de humanos que no se conectan con nosotros; la confusión se presenta por concurrir la doble situación de tener un nombre en honor a Colón y de que, al anteponer el prefijo *pre-*, este termina indicando que es anterior y, por ende, llevando a la errada idea de que no existía nada antes de la llegada de Colón; la utilización del término, en cualquier otro país de América, denotaría únicamente la idea de una situación anterior al advenimiento de Colón; pero, tratándose de Colombia, connotaría que es anterior a este país, lo cual lo desliga de su pasado. Las siguientes razones soportan esta posición:

- La significación del idioma; las palabras cargan una fuerza comunicativa y, por tanto, debe corregirse el término *precolombino* por

⁵ 1. adj. Anterior a los descubrimientos de Cristóbal Colón (Real Academia Española, 2022).

el término *primigenio*; este último no carga la idea de un sistema de derecho ajeno totalmente al país. Arbusti (2019) plantea:

El hecho de que diferentes lenguas influyan de diversos modos en lo que piensan sus hablantes no se debe a lo que cada lengua permite pensar, sino a los tipos de información sobre los que cada lengua suele obligarlos a pensar.

Deutscher (como se citó en Arbusti) arguye lo siguiente:

Cuando una lengua obliga a sus hablantes a prestar atención a ciertos aspectos del mundo cada vez que abren la boca o aguzan los oídos, esos hábitos del habla pueden posiblemente convertirse en hábitos mentales con consecuencias sobre la memoria o la percepción del mundo.

- Si bien es claro que el nombre de esta nación es relativamente reciente, cumple un papel trascendental, entendido el Estado como Restrepo (2022) lo considera:

Sujeto de derecho, como lo es, tiene una personalidad y, por consiguiente, para fines de su adecuada y necesaria identificación en el ámbito internacional y de mutuo reconocimiento entre sus propios nacionales, ha menester de signos expresivos de “la personalidad de

su portador”, “de los elementos que desarrollan la función de individualización de la persona”, como lo anota el tratadista Mario Colacito. En cierta medida, el “derecho a la identidad personal” —que es principio cardinal en el derecho privado— tiene componentes básicos transferibles a la existencia de un Estado, como valor esencial de su patrimonio político. El nombre del Estado es su título de identidad ante la comunidad internacional. Pero igualmente —y de modo trascendental— signo decisivo de integración y reconocimiento recíproco de los seres humanos que aspiran a realizarse históricamente en un ámbito propio de expresión política y cultural.

Se sabe con certidumbre que el nombre *Colombia*, homenaje a Columbus, Colón, lo empleó, a fines del siglo XVIII, el venezolano Francisco de Miranda, mientras no se compruebe de modo incontrovertible que lo hubiese sido antes que él, por ejemplo, por Madame du Boccage, autora de un poema titulado *Colombiade*, o por el norteamericano Joel Barlow, también compositor de otro poema, *Colombiada*.

En el siglo XVIII —escribe Javier Ocampo López— el nombre de Colombia fue popularizado en las colonias inglesas de Norteamérica

y en el Canadá, para designar algunos distritos, ciudades, ríos, etc. En Estados Unidos, existe el Distrito Federal de Columbia, cuya capital es Washington: en la misma forma aparece el nombre de la ciudad de Columbia, capital del Estado de Carolina del Sur, y de Columbus, capital del Estado de Ohio; en Canadá, existe la provincia de Columbia Británica, cuya capital es Victoria. En Norteamérica, existe, además, el río Columbia, llamado también Oregón, el cual desemboca en el Pacífico; y el monte Columbia, en las montañas rocosas canadienses. La Universidad de Columbia, situada en Nueva York, surgió en 1784 de la unión del antiguo King's College y de la Universidad del Estado de Nueva York. Además, Colombo ha sido la capital del antes Estado de Ceilán, hoy Sri Lanka. (Restrepo, 2022)

- Nos haría sobresalir un derecho mestizo, es decir, se crearía una identidad singular, y nuestro derecho no sólo sería romano-germánico; pues, de entrada, no rechazaría tener dentro de las instituciones la experiencia jurídica de los antepasados y, por tanto, no continuaría perpetuando una única visión, la de la experiencia jurídica europea trasladada a este territorio con ocasión de la Conquista y el posterior periodo colonial.

Son varios los trabajos que se han realizado sobre el derecho primigenio colombiano, que no alcanzaríamos a reseñar en este escrito; no obstante, especial mención debe hacerse de Otto Morales, de cuya obra, desde la justificación ética-histórica, es preciso apuntar lo siguiente:

En este ambicioso libro, nos acercamos a un mundo jurídico muy desconocido. Son materias de nuestra índole espiritual que no nos las enseñaron. Ni siquiera se nos despertó ligero interés por ellas. Nos despojaron, en este caso, de la más leve inquietud mental. Primaba la visión de España de la barbarie indígena en su incapacidad de tener alma. El mandato hispanista nos paralizó mentalmente. (2007, p. XXI)

Asimismo, vale la pena mencionar el trabajo de Armando Suescún citado en este escrito, y sobre el cual Otto Morales, con atinado criterio, afirma:

Realmente, poco se ha trabajado, en el país, la Historia del Derecho. Hay algunos libros valiosos, pero son pocos. En relación con lo precolombino, no hay ninguno integral. Hay una excepción: el trabajo inteligente, riguroso y lleno de revelaciones de Armando Suescún (...) Este hombre de estudio se sumerge en las categorías de lo

precolombino, en cuanto a la cultura jurídica chibcha.

Sin duda, el estudio de los sistemas jurídicos primigenios en Colombia requiere, como lo indicaba Morales, de estudiosos dedicados a ello; pero cabe agregar que dicho estudio debe comenzar no sólo desde las culturas indígenas, sino considerar, además, que los antepasados se remontan a miles de años atrás incluso de estas culturas, como lo evidencia, entre otros, el arte rupestre presente en Colombia.

4. Apuntes sobre arqueología colombiana

Con el fin de afianzar esta posición respecto de la pregunta inicial, conviene realizar una breve aproximación a la arqueología; es claro que excede no sólo los propósitos de este escrito dar una explicación o una definición sobre esta ciencia o disciplina del saber, sino que, además, sobrepasa con creces las posibilidades del autor; no obstante, se toman algunos elementos que resultarán útiles para la presente argumentación.

Por ello, sólo se abordarán algunas ideas que permitan seguir soportando y argumentando esta posición.

1. La arqueología es la “ciencia que estudia las artes, los monumentos

y los objetos de la antigüedad, especialmente a través de sus restos” (Real Academia Española, 2022). Por tanto, está referida a las manifestaciones culturales del pasado; ¿es a partir de un hallazgo arqueológico que se pretende determinar no sólo “el qué”, sino “el cuándo”, “el quien”, “el por qué”?

2. El interesante libro *Antes de Colombia. Los primeros 14000 años* (Langebaek, 2021) permite a los profanos en la materia, como el autor del presente texto, acercarse a la arqueología y tomar algunas premisas sobre las cuales soportar este escrito; algunas de ellas pueden ayudar a aproximarse en torno al derecho, entre estas las siguientes:

- 2.1. Los primeros pobladores tuvieron la misma capacidad mental que cualquier otro ser humano plenamente formado; por ejemplo, si se pudiera tomar un niño de hace catorce mil años, traerlo en una máquina del tiempo hasta el presente y educarlo conforme a los parámetros actuales, se comportaría como cualquiera de nosotros; esto significa que no hay ninguna distancia mental entre estos primeros pobladores y nosotros; se requiere, entonces, eliminar los discriminatorios prejuicios:

La verdad es que los humanos que poblaron esta parte del mundo tuvieron las mismas capacidades para conocer y hacer cosas que los de cualquier otro lugar, incluyendo, cómo no, las de cometer errores. Desgraciadamente, tenemos la tendencia a pensar que las grandes obras arquitectónicas o los grandes imperios gobernados por líderes importantes son el resultado del desarrollo de cualidades humanas, incluyendo la capacidad intelectual. Es cierto que en el Viejo Mundo se desarrollaron condiciones que permitieron a los chinos la construcción de enormes murallas o que en África se levantaron imponentes pirámides. También es cierto que en el Nuevo Mundo hubo algo de eso, como lo demuestra la formidable arquitectura de los incas y aztecas, o las matemáticas de los mayas. No obstante, todo lo anterior no se debió a que sus habitantes fueran más hábiles, trabajadores o inteligentes. Simplemente, sus circunstancias sociales fueron por completo diferentes. (Langebaek, p. 24)

Entonces, “el desarrollo o avance” de una sociedad bajo el paráme-

tro de medición occidental revela una diferencia de las condiciones ambientales, ecológicas, sociales y demás que, paulatinamente, conducen a los pueblos a manifestaciones culturales distintas, entre ellas el derecho, cabe agregar.

- 2.2. Consecuencia lógica de un prejuicio sobre el desarrollo mental de los antepasados será la recurrente idea de un tercero extraño proveniente de una civilización avanzada que les hubiera enseñado cómo solucionar los problemas que las necesidades de su entorno les generaban; puesto que cada pueblo, conforme a los requerimientos que su hábitat le impone, va produciendo sus propias soluciones o “adelantos”.

Para efectos del presente escrito, se parte, entonces, de que las comunidades van construyendo un sistema jurídico o derecho en torno a sus necesidades, sin que sea necesaria la presencia de un extraño que “les dé las leyes”; otra cosa será el proceso de apropiación de su cosmogonía, en el cual pueden aparecer “figuras legisladoras”, por ejemplo, *Yurupary* o *Popol Vuh*, que “enuncia los principios teológicos de cómo se regula la comunidad frente al bien y al mal, los dos polos orientadores del destino. Que, además, es de donde

se desprenden las normas que le dan validez al derecho” (Morales, 2007, p. 25).

2.3. Usualmente, se ha considerado al indígena totalmente compenetrado con su entorno o medioambiente y que, por ello, no lo ha modificado o no lo modifica, lo cual no es del todo preciso, pues si se resalta que tienen, en general, un mayor sentido de la limitación de los recursos que ofrece el medioambiente, ello no significa que no hubieran modificado el medioambiente; “a lo largo de miles de años, los indígenas transformaron el medioambiente y en ocasiones lo hicieron profundamente” (Langebaek, 2021, p. 27).

En últimas, se presentó una relación dialéctica entre el medioambiente y los humanos, en la medida en que los seres humanos sí modificaron el medioambiente; pero este, a su vez, los condicionó de tal manera que resultó en una proposición de tesis, antítesis y síntesis; si ello fue así, necesariamente comporta toda una problemática frente a los recursos disponibles por el grupo, debiéndose, por consiguiente, tener que generar unas reglas para la adecuada relación de supervivencia con el entorno; reglas que serán parte, entonces, de su mundo jurídico.

2.4. La forma idónea de acercarse a la comprensión de las manifestaciones culturales indígenas no puede ser desde los parámetros y la visión actual occidental:

Existe otro prejuicio que, a mi parecer, es el más dañino de todos: la idea de que nuestros valores explican el pasado. Hoy en día, hay un modo predominante de entender cómo funciona el mundo, y una disciplina —la economía, con su conocimiento experto— que se asume adecuada para develar los principios fundamentales gracias a los cuales funcionan las sociedades. (Langebaek, p. 29)

De manera que, como se ha expuesto, entender el mundo de una comunidad en particular debe abordarse por fuera de los valores actuales, dado que lo contrario distorsionaría su comprensión; si tal apreciación resulta apropiada para la visión económica, sin lugar a dudas se hace extensiva para el caso del derecho, pues este, en su comprensión actual, involucra en gran parte la disposición de los intereses particulares bajo el raciocinio de maximización económica; lo cual alejaría la posibilidad de entender los sistemas jurídicos de comunidades primigenias.

2.5. Por último, resulta pertinente aproximarse al concepto de *individualidad* para las comunidades con cultura ancestral; la *individualidad* es un término de vital trascendencia en la actualidad, al punto de que se vuelve un fin dentro de la órbita de los derechos fundamentales de la persona o individuo. Por ejemplo, en relación con el nombre, la Corte Constitucional (2016) establece lo siguiente:

Al margen de las distintas opciones relacionadas con el nombre, la Sala destaca que las decisiones sobre dicho atributo de la personalidad comportan claras medidas encaminadas a fijar la individualidad y son la expresión de la autodeterminación de los sujetos; por ende, deben ser respetadas por las autoridades públicas y la sociedad en general.

Sin embargo, la situación antes mencionada no es absoluta espacial y temporalmente, y, en varias de las sociedades indígenas, el concepto de *individualidad* no era como el nuestro.

En algunos casos que se citan en Langebaek (2021), el colectivo era más importante que el individuo, las personas existen como categorías y no como individuos:

No quiero decir que en las sociedades indígenas no existiera una noción de individuos que pensarán y actuarán como tales. Sin duda fue así, pero quiero insistir en que las cosas funcionaban distinto, debido a una idea de comunidad completamente ajena a nuestro individualismo desbocado. (p. 38)

Ante una situación de este orden, cabe imaginar los efectos que se pueden predicar respecto de los derechos que se conocen en el sistema jurídico colombiano, por ejemplo, la propiedad; si no tenían una marcada individualidad, evidentemente que la propiedad no puede entenderse como ese derecho real nuestro con las facultades de usar, gozar y disponer, o con los atributos de persecución y preferencia, que le son anejos. Al respecto, el artículo 665 del Código Civil establece: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. (...)”.

Estas ideas extractadas del texto de Langebaek (2021) permiten continuar con la argumentación de la idea central del presente escrito; dado que, sin dicho trabajo, para quien se dedica al estudio del derecho, hubiera sido muy difícil

poder acercarse a la arqueología de colombiana o, por lo menos, valorarla en su complejidad; puesto que se trata de una ciencia que involucra una gran cantidad de ramas del saber:

Un simple ejemplo pone en perspectiva nuestro trabajo: para estudiar las sociedades humanas del presente se cuenta con muchas disciplinas, hay politólogos, antropólogos, sociólogos, filósofos, economistas y psicólogos, y para entender el mundo de las enfermedades que nos afectan tenemos a los médicos, a los biólogos. Para comprender el pasado, los arqueólogos tenemos que hacer las veces de todos ellos. (p. 17)

Y, cabe agregar, también sería pertinente hacer las veces de abogada/o.

En este contexto, el hallazgo arqueológico es clave como eje a partir del cual se va construyendo el trabajo del arqueólogo; en este sentido, la presente propuesta es la de aportar un punto más de estudio dentro del trabajo arqueológico; sería algo así como una especie de arqueología jurídica, cuyo objeto sería precisamente, a partir de las manifestaciones resultantes de los hallazgos, determinar si es posible

entrar a establecer que un grupo social tuvo un sistema de derecho, y cuáles pudieron ser las experiencias jurídicas de dicho grupo.

Para ello, vale la pena tomar el siguiente ejemplo en Colombia, de un espacio en donde se hallan evidencias y manifestaciones muy antiguas de pobladores, y que, por estar en un espacio urbano, facilita su acceso y visita; se trata de las evidencias de arte rupestre que se encuentran en el Parque Arqueológico de Facatativá. A través de la Resolución núm. 2427 del 9 de diciembre de 2020, expedida por el Ministerio de Cultura, se declaró como Bien Cultural del Ámbito Nacional (BICN) el Parque Arqueológico de Facatativá y se aprueba el Plan Especial de Manejo y Protección (PEMP).

Respecto del Parque Arqueológico de Facatativá y su conexión con el poblamiento de la Sabana de Bogotá, el profesor José Vicente Rodríguez, como editor, expresa lo siguiente:

Los primeros habitantes de la Sabana de Bogotá que se instalaron en los alrededores del Parque Arqueológico de Facatativá aprovecharon el refugio que brindaban los abrigos rocosos, (...)

Sin embargo, mientras que el arte parietal europeo del Paleolítico Superior (39.000-10.000 años), Suráfrica y Australia, como también el de Chiribique, en la Amazonía colombiana (Castaño y Van Der Hammen, 2005), refleja el bestiario del mundo animal característico de la época, el de Facatativá es básicamente geométrico (zigzags, parrillas, conjuntos de líneas o de curvas paralelas entre sí y meandros) como las percepciones de la fase I de los chamanes en estado de trance llamados también fosfenos (...)

Por esta razón, se puede considerar que el Parque Arqueológico de Facatativá y su conjunto pictográfico debió constituir un sitio ceremonial especial, para la realización de rituales de distinta índole, reservados inicialmente para los chamanes (mohanes) de las sociedades de cazadores recolectores (...). (Corporación Autónoma Regional (CAR) y Universidad Nacional de Colombia, 2015, p. 36)

Para efectos del presente artículo, y, en especial, para la pregunta clave planteada desde el comienzo, de acuerdo con lo expuesto por el profesor Rodríguez, se tiene una efectiva presencia humana en lo

que hoy se conoce como la Sabana de Bogotá; grupos humanos que dejaron vestigios de su paso o presencia, probablemente a través de rituales chamánicos; desde un ángulo diferente a la apreciación artística y arqueológica de tales muestras de arte rupestre, en este caso, desde la visión jurídica que se propone en este escrito, la existencia de un chamán implicaría, entonces, algún grado de organización, por cuanto revela un componente de orden social; es decir, quién pintó necesariamente debía tener algún puesto dentro de una organización para que, de alguna manera, o fuera relevado de otras actividades o investido especialmente para esa labor.

¿Al comprobarse la existencia de una organización dentro de un grupo de humanos se evidencia la existencia de un sistema de derecho? La respuesta es afirmativa, con base en las ideas expuestas en el primer capítulo del presente escrito.

Ahora bien, no solo la existencia de un sistema de derecho se corrobora asumiendo una definición de derecho como la propuesta, sino que el proceso de positivización de los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas reafirma la existencia de tales sistemas

jurídicos, como pasa a observarse en el siguiente apartado.

5. Positivización de sistemas jurídicos indígenas en Colombia

Se indicó previamente que, respecto de la norma jurídica, se deben revisar tres valoraciones: *validez*, *justicia* y *eficacia*; ahora bien, con los argumentos expuestos, es posible hacer una revisión de los ordenamientos jurídicos de los primeros pobladores para ratificar, entonces, que tales sistemas sí son derecho.

5.1. ¿Por qué son válidas las normas jurídicas de los primeros pobladores?

El problema de la validez de la norma surge con ocasión de la estructura del ordenamiento jurídico, en particular, por la forma en que ha sido dispuesta y creada la norma jurídica; en este sentido, responder la pregunta sobre la validez de una norma jurídica comporta varios aspectos; pero, en especial, es una referencia a la existencia de las reglas dispuestas dentro del ordenamiento jurídico para la producción de normas.

Al cuestionarse sobre la validez de la norma en el ordenamiento jurídico

de los primeros pobladores, surge entonces el problema atinente a la autoridad de quien la expide; no se podría desconocer que, sin lugar a dudas, este es uno de los mayores escollos, para cualquier analista que se disponga a estudiar y revisar el sistema jurídico de un determinado grupo; máxime cuando en el derecho estatal es relativamente comprensible o verificable, en la medida en que, para indicarse si una norma es válida en el Estado, bastará con hacer un análisis respecto de la autoridad que la ha expedido y, en todo caso, revisar si ha habido una derogatoria tácita o expresa de la norma.

Así las cosas, es de una gran complejidad establecer la validez de una norma de un ordenamiento jurídico, en el cual no se tiene la certeza de la autoridad vigente; con el ánimo de ambientar esta complejidad de la validez, es posible imaginar la situación que se presentaría en casos de transiciones de poder; puesto que, en estas, se encontraría qué normas, expedidas por poderes estatales anteriores, continúan aún con vigencia con los cambios de poder, como cuando los países latinoamericanos se emanciparon de la corona española; efectivamente, si bien hubo una transferencia del poder, es un hecho histórico notorio que gran cantidad de normas de origen no solamente español, sino vigentes durante el periodo

colonial continuaron en vigencia, por lo menos, y de manera expresa, hasta 1887. Así lo determina la Ley 153 de 1887: “Artículo 15. Todas las leyes españolas están abolidas”.

Por tanto, es clara la dificultad de establecer la validez de una norma en un grupo ancestral, al punto que es necesario acudir a un estudio multidisciplinario y restar exclusividad a la disciplina jurídica, en la medida en que convergen diferentes disciplinas como la arqueología, la antropología, e incluso la sociología, por citar tan sólo algunas que apoyen la comprensión de la validez de una norma para un determinado grupo social; ¿esta comprensión puede recaer sobre quién o sobre qué?

En efecto, la autoridad legítima que puede expedir una norma es un juicio que supone analizar desde la amplitud de concepciones, y conforme a la determinada cosmovisión de un pueblo; en ese sentido, podría a la perfección no ser un sujeto legislador, sino ser un objeto animado legislador; es en este punto en donde la extensión en la visión del jurista que analiza debe permitirle romper los esquemas básicos y tradicionales; nuestra formación claramente está construida sobre la base de examinar la validez a partir de una autoridad, de tal manera que las normas válidas serán expedidas por una autoridad, entendiendo con

ella un sujeto; tratándose del sistema monárquico, dicha autoridad era competencia de quien detentara el poder exclusivo, esto es, el rey, monarca o emperador, según fuera el caso; precisamente, uno de los caracteres de la sociedad democrática liberal es que quien detenta tal poder es el pueblo, que, a su vez, es representado por el órgano legislador.

Pero tratándose de comunidades que no han trasegado por las mismas condiciones y características de las sociedades de occidente, como pueden serlo las comunidades indígenas o los primeros grupos de pobladores del territorio colombiano, como se ha expresado en las breves notas del capítulo relativo a la arqueología, perfectamente podría ocurrir que, conforme a su tradición oral, las normas fueron expedidas o promulgadas por un “ser inanimado”; si bien bajo el entendimiento nuestro lo “sobrenatural” no tiene asidero alguno, las normas que surgen en el contexto determinado de un grupo social se van apropiando por sus destinatarios sin consideración de ese origen; de ahí que, en estos primeros grupos, vaya a ser bastante probable que los tres caracteres de la norma jurídica (validez, justicia y eficacia) que son identificables en el sistema jurídico del Estado moderno actual, pueden presentarse unificados en la cosmovisión de un

pueblo. Al respecto, Bernal (2010) manifiesta lo siguiente:

¿Y qué sucede con el derecho en estas sociedades primitivas? Pues bien, en su comienzo toda norma de conducta se presenta en forma consuetudinaria, esto es, de usos y costumbres repetidas en cada comunidad. Además, en forma indiferenciada, lo que quiere decir que estaban unidas en un todo las normas religiosas, morales, del trato social y, por supuesto, las jurídicas. Los miembros de la comunidad las acataban, en un principio, como un hecho mecánico, sin tener una verdadera conciencia de ellas hasta que, más tarde, empiezan a distinguirlas y, sobre todo, adquieren la conciencia de que estas costumbres no se deben vulnerar, esto es, que hay que obedecerlas inexorablemente y que, de no hacerlo, serán castigados. En este momento es que nace el derecho dentro de las sociedades primitivas.

tente), se podría comprender desde otros ángulos la validez de las normas.

Obsérvese que, si se hace el ejercicio de revisar la validez de la norma de un pueblo ancestral, no desde el ángulo positivo, sino desde el ángulo negativo, se podrá entender por qué las normas de los pueblos indígenas superan el juicio de validez para su ordenamiento jurídico: si un pueblo extraño al grupo social en estudio expediera una norma para que sea acatada por este último grupo social (seguramente a través de la imposición por la fuerza) de dicha norma, podría el grupo en estudio claramente manifestar que dicha norma no es válida; dado que no fue expedida por el legislador legítimo de su grupo, con lo cual el juicio de validez negativo excluiría la norma de su ordenamiento jurídico.

Sin duda, uno de los problemas tal vez más complejos con las comunidades aborígenes es precisamente este el del juicio de la validez negativa, realizado desde su ordenamiento jurídico; dado que, desde el proceso de Conquista, pasando por la Colonia y el periodo republicano, han estado sujetas a normas extrañas a su territorio, a su entorno, es decir, a su realidad, que, efectivamente, eran válidas para el imperio y la posterior república, pero que, al revisarse por el grupo, no eran expedidas por su autoridad competente; en este caso, cuando desde la

Ahora bien, si se diferencia que el juicio de validez de una norma puede ser realizado desde un ángulo positivo (la norma pertenece al ordenamiento jurídico por cuanto es expedida por la autoridad competente) y un ángulo negativo (la norma no pertenece al ordenamiento jurídico por cuanto no es expedida por la autoridad compe-

sociedad con la norma impuesta se evalúa la legitimidad de la autoridad competente se estaría realizando un juicio de validez negativo. Así serían normas ajenas y exógenas en la medida en que no provienen de esa autoridad seguramente milenaria, que ha dispuesto las normas que regulan su sociedad.

No es de extrañar, entonces, la razón de populares dichos como “se obedece, pero no se cumple”, lo cual, cabe pensar, es un fiel reflejo de una condición, en virtud de la cual el pueblo tanto mestizo, zambo, afro y aborígen encontraba una forma para expresar su inconformidad o, en últimas, realizar un concluyente juicio de validez negativo. Es evidente que los destinatarios de las normas veían, en esa norma impuesta por la fuerza, una norma externa, adicional al ordenamiento jurídico milenario, que había sido adoptado por sus antepasados; desde este ángulo, la norma del rey español no tendría vigencia y, por ende, no sería parte del ordenamiento jurídico. Al hacerse el juicio de validez negativo por la comunidad aborígen, está implícitamente manifestando que su ordenamiento jurídico existe, y tiene unas normas que son válidas en su grupo social.

(...) las llamadas “Leyes Nuevas” que le costaron la vida al virrey del Perú en el Nuevo Reino de Granada (sic)

fueron admitidas con reservas, al punto que, por la oposición en contra de disposiciones tan abstractas, se produjo el fenómeno de que por primera vez los naturales de América, los descendientes de los indios, los propios indios, conocieran el fenómeno de la oposición legítima, cuando en ese medio inculto y salvaje no había más oposición que la oposición por las armas y el castigo a los discrepantes o disidentes, y súbitamente hizo su aparición el derecho de contradecir (...) De ahí viene un fenómeno histórico y jurídico que ha sido permanentemente desfigurado, cual es el dicho “se obedece, pero no se cumple”. (López, 2017, p. 5)

La conclusión de invalidez representa probablemente uno de los mayores retos para la integridad de los ordenamientos jurídicos indígenas; dado que supone evaluar quién tiene la autoridad dentro de dichos grupos para hacer un juicio de validez positivo y, por consiguiente, integrar la norma “extraña” a su ordenamiento jurídico; ese juicio de validez positivo tendría entonces que necesariamente pasar por establecer que esa autoridad sí tiene competencia para expedirla.

Por estas razones es que, como se verá más adelante, nos inclinamos siempre por hablar del proceso de positivización de los ordenamientos

jurídicos de los pueblos aborígenes; ya que, con ese proceso de positivización, se está reconociendo la existencia de esos ordenamientos jurídicos y, en ese mismo ejercicio, corresponderá al pueblo aborígen hacer los juicios de validez positiva y negativa. Nótese que el artículo 246 de la Constitución Política establece lo siguiente: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

Cabe considerar que se ha hecho énfasis en la visión de este artículo básicamente desde el ordenamiento jurídico colombiano, es decir, sobre la base de reconocer derechos explicados desde la posición de nuestro sistema jurídico; la línea argumentativa de este escrito busca añadir a dicha posición una eventual argumentación desde la perspectiva del ordenamiento jurídico aborígen. En este sentido, vale la pena tener en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional (1994):

Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en

normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal.

Si se observa la situación desde la perspectiva del sistema jurídico indígena, la tensión no sería sobre la base de que su ordenamiento jurídico sea reconocido por un tercero ajeno a su comunidad, sino que se trataría de un problema de validez en la adopción de las normas que consagran la diversidad étnica y cultural, así como los derechos fundamentales.

En efecto, la Corte Constitucional (1996) se pronuncia de la siguiente manera:

El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la ju-

jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas —que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional, sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”—, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad.

Entonces, no hay que desconocer que es totalmente adecuada, precisa y lógica la argumentación expresada; lo que aquí se indica es que es realizada solamente desde un ángulo.

Vale la pena, por ejemplo, observar cómo, desde un ángulo del sistema jurídico colombiano, puede válidamente argumentarse respecto del artículo 246 de la Constitución Política lo siguiente:

(...) en su redacción, nos lleva a determinar la existencia de un derecho a ejercer la jurisdicción indígena por parte de los pueblos indígenas, en cuanto el artículo se refiere a un poder, lo que supone

el otorgamiento de una facultad, y no de una función. Igualmente, tal como ya se dijo en este escrito, el ámbito internacional y su gran influencia ha determinado que es un derecho de los indígenas regirse por instituciones propias, instituciones que claramente incluyen a las tendientes para la resolución de conflictos internos. (Gómez, 2018, p. 602)

Ahora bien, desde la perspectiva de los pueblos indígenas, cabe preguntarse si hablarían del reconocimiento de un derecho o del otorgamiento de una facultad; quizá no, su juicio de validez será realizado desde su ordenamiento jurídico, y en esta valoración no se hablaría del reconocimiento de un derecho; pues, precisamente, su ordenamiento jurídico es derecho y es válido.

En suma, el artículo 246 de la Constitución Política no sólo positiviza, en el ordenamiento jurídico colombiano, el sistema de derecho de las comunidades indígenas, al establecer que las normas de sus pueblos son derecho positivo aplicable en la resolución de casos objeto de su jurisdicción y competencia, sino que también esta norma, vista desde el ángulo de la comunidad indígena, puede ser sometida a los juicios de validez negativa y positiva expuestos anteriormente.

El modelo metodológico de los juicios de validez servirá para que, desde la visión del pueblo indígena, se pueda validar si la legitimidad de la autoridad que decide integrar a su sistema de derecho sus normas milenarias es legítima y, por tanto, válida.

5.2. ¿Por qué son justas las normas jurídicas de los primeros pobladores?

La pregunta sobre la justicia recae, en particular, sobre el contenido material de la norma que, usualmente, toca la dicotomía entre el *derecho natural* y el *derecho positivo*; respecto del primero, García (2002) expresa lo siguiente:

Suele darse esta denominación a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por el encima del positivo. De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico, sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época. (...) La diferencia se hace consistir en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo encuéntrase condicionada por la concurrencia

de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. (p. 40)

Respecto del derecho natural, vale la pena anotar lo siguiente:

El profesor argentino Carlos I. Mas-sini distingue varias corrientes de pensamiento que pueden ser consideradas como iusnaturalistas. (...) i) una de corte clásico, cuya raíz se encuentra en las tradiciones filosóficas representadas por Aristóteles y Tomás de Aquino; ii) un iusnaturalismo empirista, contractualista, que tiene como principal representante a Hobbes; iii) el propio de la Escuela Moderna del derecho natural, que tiene a Grocio y Pufendorf a la cabeza; iv) un iusnaturalismo de corte marxista, explicado fundamentalmente por Ernest Bloch; y v) uno de tipo kantiano. (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2022, p. 65)

Independientemente de la corriente de pensamiento, el asunto clave está representado por el componente de justicia; y esa justicia ha de ser valorada desde la posición del grupo social; de lo contrario, sería una imposición sobre el concepto de justicia por parte de una sociedad ajena o extraña, que, por consiguiente, no reúne las vivencias, necesidades, tradiciones y, en general, todo el contexto de la comunidad.

Álgidos debates se han presentado en torno a este punto de justicia; dado que, para los parámetros de la sociedad colombiana mayoritaria, el sentido de justicia de un pueblo milenario y minoritario puede no guardar relación alguna. No obstante, ello no comporta negar la existencia de una justicia en las decisiones de tales pueblos. Al respecto, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado en una gran variedad de casos, yendo desde la negación de su sistema al asentamiento de posiciones jurisprudenciales para la integración jurisdiccional entre la administración de justicia indígena y la administración de justicia ordinaria del Estado colombiano⁶.

En todo caso, la respuesta a la justicia de estas normas evidentemente que estará impregnada por la cosmovisión de la sociedad en estudio, y es desde dicha posición que la comunidad en mención la evaluará.

5.3. ¿Por qué son eficaces las normas jurídicas de los primeros pobladores?

La respuesta a esta pregunta relaciona el cumplimiento de la norma por el grupo al cual va dirigida; en ese

sentido, la norma podría ser justa, podría ser válida, pero, si no es eficaz, está afectando la juridicidad esa norma; no sólo debe cumplirse, es justo cumplirla.

La eficacia en el cumplimiento estará dada, entonces, por la apropiación que de ella realiza el grupo; en este sentido de valoración de la norma, no interesa evaluar las razones que motivan el cumplimiento, que, tratándose de estos grupos milenarios, deriva quizá de una fusión con sus compromisos espirituales; lo cual la hará amplia y seguramente muy efectiva por parte de los destinatarios del grupo.

6. Conclusión: los primeros pobladores del territorio de lo que hoy es Colombia sí tuvieron derecho

Con base en los argumentos expuestos, la respuesta a la pregunta planteada es que, efectivamente, sí tuvieron derecho los primeros pobladores del territorio colombiano.

Dado que la teoría de la relación intersubjetiva, la teoría de la institución y la teoría normativa son complementarias y convergen en la definición de lo que es el derecho, amplían y permiten, de esta manera, acoger a la más primitiva manifestación social como una evidencia del derecho.

⁶ Una exposición interesante y muy completa sobre el tema puede verse en la conferencia de la Dra. Sandra Helena Portilla (2020).

En la medida en que se encuentran muestras de arte rupestre que dan cuenta de la existencia y manifestación cultural de los primeros pobladores, se puede concluir que, al contar ellos con algún grado de organización en sociedad, debieron también contar con un sistema jurídico, conforme a la definición de derecho expuesta.

La historia del derecho en Colombia debe partir desde los primeros pobladores; dado que, bajo una aproximación arqueológica, estos grupos no han de ser vistos desde la óptica de nuestra visión actual; lo anterior porque no se podría válidamente hacer un análisis de una sociedad o incipiente sociedad desde nuestra posición, lo cual, cabe insistir, ha sido el grave inconveniente que se ha presentado para que, precisamente, ni siquiera se haya planteado la pregunta sobre la existencia de un sistema jurídico en los primeros pobladores de este territorio.

Las comunidades ancestrales en Colombia cuentan con sistemas de derecho anteriores a la positivización realizada por el ordenamiento jurídico Estatal colombiano; varios ejemplos pueden apreciarse en ese sentido, tales como la figura del *palabrero* de la comunidad wayúu —mediante la Resolución 2733 de 2009, se aprueba el Plan Especial de Salvaguardia del Sistema Normativo Wayúu aplicado

por el *putchiíí'úi* (palabrero), declarado como bien de interés Cultural del Ámbito Nacional e incluido en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial—, los sombreros zenúes y los vigías del territorio⁷, lo cual es una prueba fehaciente de la existencia del derecho sin la exclusiva necesidad de reconocimiento por parte del Estado.

Es claro que, al analizar estos sistemas con los elementos expuestos en el presente artículo, tales sistemas “pasarán la prueba” (normas válidas, justas y eficaces) para considerarlos propiamente como jurídicos.

Referencias

- Arbusti, M. (2019). Fundamentos del lenguaje inclusivo. *AGA Revista de Letras*, 379.
- Bernal, G. B. (2010). *Historia del derecho*. Nostra Ediciones.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría general del derecho*. Temis.
- Corporación Autónoma Regional (CAR) y Universidad Nacional de Colombia. (2015). *El Parque Arqueológico de Facatativá: Proceso de recuperación y conservación de la memoria de sus antiguos habitantes*.

⁷ Al respecto, véase Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2020).

- Edvinsson, L. y Malone, M. (1998). *El capital intelectual*. Norma.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2020, 17 de julio). *Cine Foro Virtual Dimensiones de la Jurisdicción Especial Indígena*. <https://www.youtube.com/watch?v=R786GHxOjIU&t=1202s>
- García, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. Porrua.
- Gaviria, D. C. (1994). *Temas de introducción al derecho*. Señal Editora.
- Gaviria, G. M. (2012). Aproximaciones a la historia del derecho en Colombia. *Historia y Sociedad*, 131-156.
- Gómez Royo, E. I. (2014). *Fraseología jurídica latina*. Tirant Lo Blanch.
- Gómez, V. A. (2018). La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 588-609.
- Guier, J. E. (1964). *Nociones de derecho precolombino*. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17094>
- Hinestrosa, F. F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. F. (2015). *Tratado de las obligaciones II*. Universidad Externado de Colombia.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (2022, 12 de febrero). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. www.juridicas.unam.mx: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3123/6.pdf>
- Langebaek, C. H. (2021). *Antes de Colombia. Los primeros 14000 años*. Penguin Random House.
- Langebaek, C. H. (2022, 29 de enero). *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-60033362>
- Londoño, H. J. (2014). *Teoría de la historia del derecho en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana-Temis.
- López, M. A. (2017). *El liberalismo en la historia*. Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre.
- Morales, B. O. (2007). *Derecho precolombino raíz del nacional y del continental*. Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Portilla, S. H. (2020, 16 de octubre). *La jurisdicción especial indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Escuela Judicial Rodrigo Lara. <https://www.youtube.com/watch?v=5nEKYfclIP0&t=872s>
- Real Academia Española. (2022, 23 de enero). <https://dle.rae.es/precolombino?m=form>
- Restrepo, P. C. (2022, 30 de enero). *Banco de la República-Biblioteca*

- Cultural. <https://www.banrep-cultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-26/el-nombre-colombia>
- Sentencia T-254/94. (1994, 30 de mayo). Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes, M. P.).
- Sentencia C-139/96. (1996, 9 de abril). Corte Constitucional (Carlos Gaviria Díaz, M. P.).
- Sentencia T-363/16. (2016, 11 de julio). Corte Constitucional (Gloria Stella Ortiz, M. P.).
- Suescún, A. (1998). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*. Editorial Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Villegas, D. C. (2009). Historia y derecho: La interdisciplinariedad del derecho. *Revista de Derecho Público. Universidad de Los Andes*, 3-21.