



Revista de  
**Derecho**  
Público

**“MALICIA INDÍGENA”: EL RECONOCIMIENTO  
Y LA DESCONFIANZA EN LA PUESTA EN MARCHA  
DEL RÉGIMEN MULTICULTURAL EN COLOMBIA**

**LIBARDO JOSÉ ARIZA**

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 31

Julio - Diciembre de 2013. ISSN 1909-7778

# “Malicia indígena”: el reconocimiento y la desconfianza en la puesta en marcha del régimen multicultural en Colombia\*

Libardo José Ariza\*\*

“Yo he tenido por costumbre de oír siempre a los indios, y aunque muchas veces me mienten, no me enojo por ello, porque no los creo ni proveo hasta averiguar la verdad. Algunos les parece que los hago más mentirosos con no castigarlos; fallo que sería más perjudicial ponerles temor para que dejen de venir a mí con sus trabajo, que el que yo padezco en gastar el tiempo con niñerías”. \*\*+

## RESUMEN

El propósito de este texto es mostrar los efectos que produce la inclusión del enunciado de la malicia indígena —y del sujeto incumplidor como su correlato fenomenológico contemporáneo— en el campo de la puesta en marcha del régimen jurídico e institucional multicultural en Colombia. Para ello, analiza la tensión entre las políticas de reconocimiento de la diferencia propia del discurso multicultural y el canon de la desconfianza que ha orientado la interpretación constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos culturalmente diferenciados. En la primera parte del texto se muestra la expresión en el discurso jurídico de las políticas del multiculturalismo y el reconocimiento. En esta sección se esboza el diseño institucional, así como

## ABSTRACT

This text aims to depict the effects attained to the indigenous malice argument inclusion into the multiculturalism context in Colombia. This article analyses the tension between the politics of recognition defended by core multiculturalism discourses and the distrust canon that had shaped constitutional interpretation regarding indigenous rights adjudication. The first section of the text deals with the expression of such recognition politics into the constitutional regime. From a normative perspective, this section argues that recognition and trust should shape the frame for institutional development of multicultural rights. The second section of the text focuses on the inclusion of Indigenous Malice argument into the local legal sociology discourse

---

\* Cómo citar este artículo: Ariza, L. J. (Diciembre, 2013). “Malicia indígena”: el reconocimiento y la desconfianza en la puesta en marcha del régimen multicultural en Colombia. *Revista de Derecho Público*, 31.

\*\* Profesor asociado. Universidad de los Andes.

\*\*\* Relación de Mando del Virrey Antonio de Mendoza, (1550-1551), citado en Borah (1996, pp. 71-72).

el discurso que sostiene que el reconocimiento debe ser el principio que oriente la actuación estatal frente a los reclamos de los sujetos étnica y culturalmente diferenciados. En la segunda parte del texto se analiza el ingreso del enunciado de la malicia indígena —y su encarnación en el sujeto culturalmente incumplidor— en la sociología jurídica local, y su expresión en la construcción de un tipo ideal de sujeto destinatario de las normas jurídicas en términos de un comportamiento ventajoso, estratégico y rebelde, que exige como respuesta de sentido común, por lo menos, la desconfianza. Por último, el texto presenta algunas consecuencias previsibles de esta tensión —que se resuelve a favor de la desconfianza— en el régimen jurídico e institucional destinado a la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia étnica y culturalmente diferenciadas.

**PALABRAS CLAVE:** reconocimiento, desconfianza, indígena, “malicia indígena”, incumplidor, víctimas, enfoque diferencial, diversidad étnica y cultural, conflicto armado.

and its expression in the not law-abiding subject as a cultural issue. The effects of such a discourse, with creates a relation shaped by distrust, into the indigenous victims of the armed conflict are analyzed in the final section of this article.

**KEY WORDS:** Recognition, distrust, indigenous, victims, cultural identity.

## **SUMARIO**

Introducción: la malicia del indígena – I. RECONOCIMIENTO – II. DESCONFIANZA – A. *Desconfianza analítica* – B. *Desconfianza jurídica* – III. DESCONFIANZA REINANTE – Bibliografía.

## Introducción: la malicia del indígena

La cita con la que inicia este texto es extraída de la *Relación de Mando* del Virrey Antonio de Mendoza (1535-1550), en la cual le indica a su sucesor en el virreinato sus impresiones sobre la puesta en marcha del Juzgado General de Indios en la Nueva España y le da algunas recomendaciones. Como lo señala Borah en su estudio clásico sobre el funcionamiento de este juzgado, Mendoza intentó implementar “una jurisdicción especial para los asuntos indios” (1996, p. 76), que junto con el arreglo burocrático colonial creado para gobernar las relaciones entre la Corona y los pueblos autóctonos, buscaba que los indígenas llevaran la resolución de sus conflictos ante un foro ajeno a sus autoridades propias y tradicionales. Así, la jurisdicción especial se enmarcaba dentro de la cuestión “más vasta de facilitar la entrada de los indios en el modo de vida español” (Borah, 1996, p. 78). En este sentido, lo escrito en la relación de mando de Mendoza muestra, más allá de las dificultades propias de la implementación de una institución como resultado del proceso de asentamiento colonial, la importante incidencia que tiene en el funcionamiento institucional la forma como se entiende el comportamiento de los destinatarios del régimen jurídico, en este caso los indígenas de la Nueva España.

Como lo señala la relación de mando de Mendoza, en ese momento colonial se entiende que el comportamiento de los “indios” que se acercan a la institución está fuertemente orientado por la *mentira*. La mentira, en el relato de Mendoza, se explica como la comprobación posterior de

la distancia entre la pretensión de verdad del discurso presentado por el indígena y lo “realmente” acaecido en el mundo de los hechos y las relaciones sociales. Por consiguiente, la mentira parece ser, en gran medida, la consecuencia del funcionamiento de un régimen de verdad que excluye lo dicho por un sujeto particular, que pretende que sus enunciados ejerzan el poder de lo verdadero.<sup>1</sup> Aunque cercana, la mentira aún está separada de la identidad. Los indios, dice Mendoza, “muchas veces me mienten” pero no son en sí mismos mentirosos ni maliciosos.

Por supuesto, mi intención no es sostener que las relaciones coloniales se caracterizaban por el reconocimiento, ni que los funcionarios del gobierno virreinal asumían una posición imparcial frente a los reclamos presentados por los indígenas. Tampoco se pretende defender que la mentira estaba alejada del comportamiento indígena. Mendoza deja ver claramente en este discurso que su actitud inicial frente a las “niñerías” de los indígenas está orientada por la desconfianza; por ello, no “cree ni provee” remedio alguno hasta tanto no se verifique la legitimidad de sus demandas. Su actitud primordial, por lo tanto, es el escepticismo, sabe que los indígenas pueden estar mintiendo, que sus reclamos pueden ser fútiles e infundados, que lo más prudente es que la confianza ceda ante la sospecha de la mentira potencialmente presente.

<sup>1</sup> La producción de verdad, como manifestación de un régimen de saber y poder, ha sido ampliamente desarrollada por Foucault. Al respecto, ver, especialmente, Foucault (1996, 2003).

Sin embargo, Mendoza, en su discurso, parece indicar que la respuesta gubernamental no debe ser restringir el acceso de los indígenas a la institución recién creada ni responder a la mentira con castigos. También parece sugerir que la imposición de sanciones para disuadir el comportamiento ventajoso de los indígenas no es una opción adecuada, ya que “sería más perjudicial ponerles temor” que aceptar el hecho de que la mentira forma parte de las relaciones sociales cotidianas. El castigo, tal y como se puede entender razonablemente en el relato de Mendoza, no disuade al sujeto de pronunciar la mentira; lo disuade de acceder a la institución y, con esto, se malogra su propósito fundamental que no es otro que lograr un buen gobierno.

Esta comprensión del mundo colonial, con su pluralidad de actitudes sociales, impulsa a Mendoza a definirlo en términos de la satisfacción personal de intereses, sin atribuir a los comportamientos un sentido culturalmente orientado, ni considera que la mentira sea la expresión de un rasgo identitario especial en el caso de los indígenas que, por lo tanto, deberían ser tratados como cualquier “otra nación”. Al respecto señala lo siguiente:

Algunos dirán a su V. S. que los indios son simples y humildes, que no reina malicia ni soberbia en ellos, y que no tienen codicia; otros al contrario que están muy ricos y que son vagabundos y que no quieren sembrar. No crea ni a los unos ni a los otros, sino trátese con ellos como con cualquiera otra nación sin hacer reglas especiales, teniendo respeto a los medios de los terceros, porque pocos hay en estas partes que se muevan sin algún interés, ora sea

de bienes temporales o espirituales, o pasión o ambición, ora sea vicio o virtud.<sup>2</sup>

Mendoza muestra la amplia variedad de percepciones sociales sobre el significado del comportamiento indígena en el mundo colonial. Desde la simpleza y la humildad, pasando por la ausencia de malicia y soberbia, hasta llegar a la vagabundería, la pereza y la riqueza, el abanico de etiquetas asignadas a los indígenas no permite, todavía, establecer un vínculo particular entre una actitud y una identidad.

La situación resulta aún más compleja si se analiza la forma como se ha entendido históricamente qué significa ser indígena, cuyo rasgo constitutivo ha sido, sin duda, la construcción de relaciones de subordinación y dependencia. En efecto, lo indígena, por momentos, no ha sido considerado, en lo absoluto, como parte de lo humano<sup>3</sup>; en algunos relatos ha sido representado como un ser fantástico que se ubica en la frontera entre lo animal y lo humano<sup>4</sup>; tam-

2 Tal y como aparece citado en Borah (1996).

3 Todorov, analizando el terrible declive demográfico de la población indígena durante los primeros años de la conquista española, señala que el genocidio cometido solo pudo haber sido posible si se consideró que los indígenas no eran humanos; su aniquilamiento fue respaldado por la imagen que los conquistadores tenían de los indígenas como seres inferiores “que están a la mitad del camino entre los hombres y los animales. Sin esta premisa existencial la destrucción no hubiera podido ocurrir” (Todorov, 1989, p. 157).

4 En este sentido, resulta significativa la leyenda sobre la existencia de la isla de *Cibau*, “adonde nace la gente con cola” y de “hombres de un ojo y otros con hocicos de perros”, como narra Colón en la carta anunciadora del descubrimiento y en su *Diario de Abordo*. Igualmente, las advertencias sobre la presencia fantástica de “gentes de orejas grandes y anchas y otras que tienen la cara como perros” en Yucatán (Instrucciones del 23 de octubre de 1518 de Diego Velásquez a Hernán Cortés, textos tomados de Morales Padrón, 1979, pp. 99-109). Especialmente significativa resulta la explicación realizada por Solórzano Pereira (1575-1655) en los capítulos IX y X de *De Indiarum Lure*, en los cuales se propone explícitamente resolver la cuestión del *Origen*

bién ha sido definido como bárbaro cuyo destino es la servidumbre<sup>5</sup>; como un niño que debe ser protegido<sup>6</sup> y como un cobarde y un ingenuo.<sup>7</sup> Bolívar, en el momento fundacional de las na-

---

*de los pueblos descubiertos en las regiones del Nuevo Mundo.* Tras deducir que se trataba de los descendientes perdidos y malditos de Cam, señala que "apartados de los suyos, andan vagabundos por selvas, bosques y regiones agrestes, desnudos y sin asentamiento fijo, de cuerpo hirsuto y peludo, tan semejantes a los seres irracionales, que incluso algunos suelen andar inclinados como los cuadrúpedos y habitar en cuevas y cavernas" (Solórzano Pereira, p. 361).

5 El *Demócrates Segundo* de Juan Ginés de Sepúlveda puede ser el texto que ilustra de manera más contundente esta perspectiva sobre el carácter de los pueblos indígenas: "siendo por naturaleza siervos, bárbaros, incultos, e inhumanos, rechazan el imperio de los más prudentes, poderosos y perfectos, el cual deben admitir para gran beneficio suyo, como es justo por aquella justicia natural, según la cual deben estar sometidos la materia a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, los brutos animales al hombre, es decir, lo perfecto a lo imperfecto, lo peor a lo mejor" (Sepúlveda, 1951, pp. 83-84).

6 La perspectiva que consideró a los indígenas, fundamentalmente, como menores que merecen protección se aprecia en el discurso religioso que sustenta los procesos de evangelización. De Las Casas, en este sentido, reiteraba la debilidad del indígena que le impedía prevalecer sobre sus oponentes pues "eran poco más impetuosos e rigurosos, por la mucha experiencia que dellos tengo, que de niños o muchachos de diez o doce años" (1992, p. 78). Como lo señalan Hardt y Negri, "Los nativos son europeos potenciales subdesarrollados. En este sentido, los relatos de De Las Casas corresponden a un discurso que se extiende hasta bien entrado el siglo XX relativo a la perfectibilidad de los salvajes" (2000, pp. 116-117).

7 La alusión a la supuesta cobardía de los indígenas y la facilidad con que pueden ser derrotados se encuentra en Colón cuando afirma que "diez hombres hagan huir a diez mil; tan cobardes y tan miedosos son, que ni traen armas" (Colón, 1985, p. 137). Igualmente, en la carta de Américo Vespucio a Lorenzo di Pierfrancesco de Medici en la que cuenta que "al final de la batalla quedaban mal librados frente a nosotros, pues siempre, como están desnudos, hacíamos en ellos grandísima matanza, que nos ocurrió muchas veces luchar 16 de nosotros con 2000 de ellos, y al final desbaratarlos y matar muchos de ellos, y robar sus casas". El texto completo de la anterior carta se encuentra en Morales Padrón (1990, pp. 211-225). Como lo ha señalado Restall (2004), la historia dominante de la conquista y del descubrimiento presenta a Colón, Cortés y Pizarro como un puñado de hombres excepcionales, fieles representantes de la cultura y de los valores europeos del momento, intrépidos, valientes y emprendedores, al tiempo que construye a los indígenas y su forma de vida como inferiores, ignorantes y primitivos: "El mito de los españoles como dioses sólo cobra sentido si se presupone que los indígenas son "primitivos", infantiles o imbéciles". Simón Bolívar (1947, pp. 178-181) reiteraría el discurso sobre la ingenuidad indígena, explicando el estado de sumisión en el que se encontraban los pueblos indígenas a principios del siglo XIX: "Observemos que al presentarse los españoles en el Nuevo Mundo, los indios los consideraron como una especie de mortales superiores a los hombres; idea que no ha sido enteramente borrada, habiéndose mantenido por los prestigios de la superstición, por el temor de la fuerza (...) Jamás éstos han podido ver a los blancos, sino al través de una grande veneración como seres favorecidos del cielo".

ciones latinoamericanas, de hecho, aseguró que los indígenas no tenían deseo alguno de participar en la vida política.<sup>8</sup> Cada uno de estos acercamientos, siempre heterónomos, a la cuestión indígena supone la asignación de ciertos atributos, rasgos y actitudes que dan contenido a una personalidad específica. La malicia y la mentira, la actitud estratégica, la taimada desobediencia, la valentía y la nobleza, son solo algunas de las muchas posibilidades que pueden definir la personalidad del *indio*.

La definición de lo que significa *ser indígena* y, por lo tanto, no serlo, ha estado en el centro de la problemática identitaria en el contexto colonial y poscolonial.<sup>9</sup> Así, más que la constatación de lo existente, limitándose a describir lo que el indígena es, ha sido o será, estos discursos nos dicen cómo es el indígena, cuáles son sus atributos constitutivos, dónde podemos encontrarlo y, en este proceso, constituyen al sujeto, lo hacen identificable. La *malicia indígena*, y el

---

8 En este sentido resulta pertinente la explicación que realizaba Bolívar sobre la participación de los indígenas en el gobierno y, en términos generales, acerca de sus actitudes frente al régimen político y legal: "El indio es de un carácter tan apacible, que sólo desea el reposo y la soledad: no aspira ni aun a acadullar su tribu, mucho menos a dominar a los extraños: felizmente esta especie de hombres es la que menos reclama la preponderancia; aunque su número exceda a la suma de los otros habitantes (...) ella no pretende la autoridad, porque ni la ambiciona, ni se cree con la aptitud para ejercerla, contentándose con su paz, su tierra y su familia. El indio es el amigo de todos". Bolívar (1947, pp. 178-181).

9 El discurso constitutivo de la identidad criolla de Bolívar señala claramente la naturaleza del asunto: "Nosotros ni aun conservamos los vestigios de lo que fue en otro tiempo; no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. Americanos por nacimiento y europeos por derechos, nos hallamos en el conflicto de disputar a los naturales los títulos de posesión y de mantenernos en el país que nos vio nacer, contra la oposición de los invasores; así nuestro caso es el más extraordinario y complicado" Bolívar (2001, pp. 110-147). Para análisis sobre la dificultad de la construcción de una identidad en América Latina ver, especialmente, Mignolo (2007), Quijano (1993) y O'Gorman (2006).

tipo de sujeto que supone, es apenas uno de los múltiples discursos que pretenden atribuir carácter a un sujeto frente a otras formas discursivas que pueden oponérsele o entrar en competencia.

Esta breve interpretación del fragmento de la *Relación de Mando* de Mendoza intenta mostrar, por una parte, la dificultad que supone establecer una relación constitutiva entre la identidad indígena y algunos atributos predicables de cualquier acción social significativa, especialmente, aquellos que pueden suponer la creación de un *estigma*.<sup>10</sup> Por otra parte, intenta señalar la importancia que tiene la forma como el operador de un arreglo institucional entiende el sentido de la agencia de aquellas personas que intentan acceder a este. En este sentido, las anteriores consideraciones no pretenden dar forma a un análisis genealógico que dé cuenta del momento en el cual el discurso de la malicia indígena define en gran parte el sentido común sobre la alteridad, asegurando que se trata de una característica constitutiva de la identidad indígena como su legado más perdurable.<sup>11</sup> Tampoco intenta mostrar qué cir-

cunstancias y discursos hicieron posible que, de todas las actitudes posibles que pueden dar contenido a lo indígena, la malicia se erija como el fuerte legado histórico persistente en la sociedad colombiana mayoritaria y que sirve para explicar por qué *somos incumplidos*. De esta manera, esa actitud reprochable de incumplimiento de las normas por parte de los miembros de la sociedad mayoritaria se debe, en gran medida, a la influencia de un atributo particular de los pueblos indígenas que ha permeado el carácter nacional. Este discurso nos dice que si algo tenemos de indígenas es su malicia. Ese es su principal, si no único, legado cultural con la suficiente fortaleza para sortear la frontera del territorio ancestral. No empleamos ninguna de las 82 lenguas supervivientes, tampoco tenemos su relación especial con la naturaleza; apenas un atributo, en sí mismo bastante problemático, ha persistido en nosotros y es aquel que nos hace ser como somos, especialmente maliciosos, estratégicos e incumplidos.

El propósito de este texto es distinto. Su principal interés es mostrar los efectos que produce la inclusión del enunciado de la malicia indígena —y del sujeto incumplidor como su correlato fenomenológico contemporáneo— en el campo de la puesta en marcha del régimen jurídico e institucional multicultural en Colombia.<sup>12</sup> Para

10 En palabras de Goffman (2006, p. 11), "la sociedad establece los medios para categorizar a las personas y el complemento de atributos que se perciben como corrientes y naturales en los miembros de cada una de esas categorías". En este sentido, la asignación de un atributo profundamente desacreditador genera un estigma (Goffman, 2006, p. 13).

11 Sobre la incidencia de la "malicia indígena" en la construcción del carácter nacional, ver Morales (1998). Especialmente, en la segunda sección de este texto se analizará la manifestación del discurso de la malicia en ciertos relatos académicos influyentes. Como ejemplo de lo anterior, se mostrará el argumento que sostiene que la malicia indígena, en primer lugar, se ha convertido en un atributo cultural de la población local y regional y, en segundo lugar, que este atributo explica en gran medida la actitud de incumplimiento de las normas jurídicas como forma principal de comportamiento de una nueva categoría de sujeto, el taimado: "La llamada "malicia indígena" tiene mucho de esa

actitud de defensa velada del subordinado frente al superior. Pero la malicia no es sólo indígena; ha permeado todas las clases sociales. El personaje que representa esa actitud es el taimado" (García, 2010, p. 253).

12 No se trata, por supuesto, de establecer una relación de causalidad directa entre un relato académico y un evento social. El argumento no está dirigido a "demostrar" que la construcción del tipo ideal del sujeto destinatario de las normas, en términos de incumplimiento, incide directamente en la forma como se comporta un determinado operador

ello, analizo la tensión entre las políticas de reconocimiento de la diferencia propias del discurso multicultural y el canon de la desconfianza que ha orientado la interpretación constitucional sobre el contenido y alcance de los derechos culturalmente diferenciados. En la primera parte del texto muestro la expresión en el discurso jurídico de las políticas del multiculturalismo y el reconocimiento, esbozo el diseño institucional, así como el argumento que sostiene que el reconocimiento debe ser el principio que oriente la actuación estatal frente a los reclamos de los sujetos étnica y culturalmente diferenciados. En la segunda parte del texto analizo el ingreso del enunciado de la malicia indígena —y su encarnación en el sujeto culturalmente incumplidor— en textos influyentes de la sociología jurídica local, y su expresión en la construcción de un tipo ideal de sujeto destinatario de las normas jurídicas en términos de un comportamiento ventajoso, estratégico y rebelde, que exige como respuesta de sentido común, por lo menos, la desconfianza. Por último, esbozo algunas consecuencias previsibles de esta tensión —que se resuelve a favor de la desconfianza— en el régimen jurídico e institucional destinado a la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia étnica y culturalmente diferenciadas.

---

institucional y jurídico. Por el contrario, lo que se intenta mostrar es que el discurso de la malicia ha permeado dos campos distintos —aunque en ocasiones estrechamente relacionados—, como son el campo académico y el campo de la práctica institucional. Así construido este discurso y dicha práctica, fortalecen y reproducen un sentido común particular que explica la relación entre el sistema jurídico y sus destinatarios fundamentalmente en términos de instrumentalización e incumplimiento. De esta manera, la autoridad que se desprende del saber académicamente construido, con su pretensión de verdad, alimenta un sentido común problemático y a la vez es reflejo de este.

## I. RECONOCIMIENTO

Uno de los cambios más significativos introducidos por la Constitución colombiana de 1991 es la adopción de un modelo de Estado pluriétnico y multicultural. Esta fórmula supone, al menos, tres transformaciones. La primera de ellas es una transformación histórica. Mientras que la Constitución de 1886 defendía un modelo de Estado basado en la definición —y construcción— de una única nación definida con base en los valores y tradiciones del legado español, los cuales fueron rescatados durante *La Regeneración*,<sup>13</sup> la Constitución de 1991 reconoce la presencia histórica de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en el corazón mismo de la identidad colombiana. Así, la “tendencia histórica a la asimilación coercitiva y a la opresión cambió en 1991 con la promulgación de una nueva Constitución” (Bonilla, 2006, p. 28).

La segunda transformación es identitaria.<sup>14</sup> En efecto, el proyecto nacional defendido por la Constitución de 1886 suponía la creación de una identidad —tanto cultural como política— que resultaba incompatible con la aceptación de la herencia indígena y afrodescendiente. De esta manera, los indígenas y afrodescendientes

13 Para un análisis de la creación nacional en el siglo XIX colombiano ver Serje (2005) y Arias (2001).

14 La construcción de una identidad auténtica, no degradada, es el propósito fundamental de la política del reconocimiento: “Descubrir mi identidad por mí mismo no significa que yo la elabore aisladamente sino que la negocio por medio del diálogo, en parte abierto, en parte introyectado, con otros. Esa es la razón por la que el desarrollo de un ideal de identidad generada desde el interior otorga una importancia nueva y crucial al reconocimiento. Mi propia identidad depende de modo crucial de mi relación dialógica con otros” (Taylor, 1994, p. 81).

aparecían como una alteridad inasible, extraña, destinada a permanecer confinada en los espacios de segregación creados para la contención de la amenaza siempre latente del salvajismo.<sup>15</sup> La fractura entre el indio, el afro y el ciudadano colombiano descendiente del criollo era al mismo tiempo el factor aglutinante de la unidad nacional.<sup>16</sup>

La tercera transformación es jurídica-institucional y se refiere al ajuste de los enunciados y categorías con las cuales el discurso jurídico intenta responder a los retos que supone la presencia de sujetos, individuales y colectivos, étnica y culturalmente diferenciados. Esta transformación surte a su vez dos efectos principales. Por una parte, modifica el modelo clásico de ciudadanía nacional, complementándolo con un modelo de ciudadanía multicultural, cuya principal consecuencia jurídica es la dualidad de regímenes aplicables a los sujetos que reclaman poseer una identidad étnica y culturalmente diferenciada.<sup>17</sup> En pocas palabras, además de

los derechos exigibles con base en el estatus de ciudadano colombiano, el sujeto étnica y culturalmente diferenciado es titular de derechos especiales. Por otra parte, surte efectos sobre los procedimientos para la toma de decisiones y el diseño jurídico institucional. En cuanto a la toma de decisiones y la participación, además de la circunscripción especial y la presencia permanente de representantes de pueblos indígenas en el Congreso de la República,<sup>18</sup> el principal mecanismo que institucionaliza este aspecto es la consulta previa.

La consulta previa<sup>19</sup>, que reúne un doble estatus como derecho fundamental y mecanismo institucional para la toma de decisiones en un contexto multicultural, se complementa con el principio de *enfoque diferencial* para garantizar que el diseño y adopción de mecanismos institucionales y legales que puedan afectar a los sujetos étnica y culturalmente diferenciados

15 Para un análisis de los resguardos como dispositivos de segregación ver Ariza (2009). Un análisis sobre las políticas coloniales de segregación y su incidencia en la emergencia de los pueblos indios puede verse en Mörner (1963, 1999).

16 Son significativas las alusiones discursivas durante el periodo de *La Regeneración* en torno a la recuperación de la herencia española como cimiento de la unidad e identidad nacional (Jaramillo, 2001). Al respecto ver, especialmente, Caro (1930, 1962, 1986) y Arboleda (1972).

17 El modelo clásico de ciudadanía se basa, fundamentalmente, en un reclamo identitario arraigado en la idea de nacionalidad, en la pertenencia a un Estado territorialmente definido y en la igualdad formal ante la ley (Purvis y Hunt, 1999). En el contexto del Estado multiétnico y pluricultural se acoge un modelo de ciudadanía multicultural (Kymlicka, 1996) que se basa en el reconocimiento de derechos diferenciados en función de la pertenencia a un grupo. La creación de regímenes jurídicos e institucionales diferenciados con base en la pertenencia étnica y cultural genera, para los operadores judiciales, la exigencia de definir la autenticidad de los destinatarios. Así, por ejemplo, si existe un régimen jurídico diferenciado para *indígenas*, que en ocasiones

puede suponer el acceso a exenciones, derechos y recursos especiales, el operador debe saber si la persona que lo reclama es indígena. Este proceso ha dado lugar a regímenes jurídicos de saber sobre la alteridad étnica y cultural que buscan regular la posibilidad de afirmación identitaria y que reproducen esquemas históricos de subordinación (Ariza, 2009).

18 Para un análisis de la participación de los pueblos indígenas en la escena política nacional ver Laurent (2005).

19 La consulta previa ha sido catalogada como un derecho fundamental de los sujetos colectivos étnica y culturalmente diferenciados. En una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema, esta fue definida como un desarrollo del principio de conservación cultural: "Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones". Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-039 de 1997. Ver los textos de Antonio y Lemaitre en este mismo número de la revista. Igualmente, ver Rodríguez (2011) y Bonilla (2013).

tengan en cuenta sus particularidades, para lograr un efectivo reconocimiento y garantía del carácter pluriétnico y multicultural del Estado colombiano. La Corte Constitucional ha señalado lo siguiente en relación con la adopción de medidas diferenciales para las víctimas del desplazamiento forzado étnica y culturalmente diferenciadas: “Un enfoque diferencial (...) ha de tener en cuenta no sólo el respeto por la identidad cultural y con ello la protección de tradiciones, usos y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas. Debe reparar también en la situación peculiar de desventaja histórica en la que estas minorías se han encontrado y aún se hallan”.<sup>20</sup>

Este breve recuento de normas, principios e interpretaciones judiciales del reconocimiento de la presencia de sujetos étnica y culturalmente diferenciados, muestra un marco constitucional basado en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del país. Los derechos diferenciados, colectivos e individuales, tienen como propósito garantizar la conservación de una población étnica y culturalmente agrupada. El reconocimiento es el principio fundamental que orienta este marco jurídico e institucional.<sup>21</sup> Posiblemente, una de las manifestaciones normativas más significativas del principio de reconocimiento es la aceptación del principio de autoidentificación como un criterio fundamental en este campo. Si bien la autoidentificación, desde el punto de vista normativo, no supone

que cualquier sujeto que reclame ser indígena deba, en virtud de dicha manifestación, ser receptor de las medidas diferenciadas, puede tener una vocación resolutoria de las controversias. En efecto, en aquellos casos en que se debata la existencia o no de una identidad étnica y culturalmente diferenciada, existiendo elementos razonables para justificar el reclamo identitario, la autoidentificación debería aparecer como el factor que resuelve el dilema a favor del reconocimiento.<sup>22</sup>

No obstante, la puesta en marcha del proyecto constitucional multicultural basado en el reconocimiento ha encontrado un obstáculo importante en la desconfianza de los operadores jurídicos y expertos encargados de su interpretación y aplicación.<sup>23</sup> El reconocimiento y la desconfianza son dos principios que orientan el comportamiento y la toma de decisiones por parte de funcionarios públicos, y que colisionan cuando el sentido común ordena tomar una actitud distinta a la estipulada por las normas. La tensión se puede observar en los microespacios de encuentro entre los dos sujetos, desde el foro judicial en el cual se intenta detectar la autenticidad del reclamo

20 Corte Constitucional, sentencia T-1105 de 2008.

21 Como lo señala Bonilla, “la política de reconocimiento exige entonces el igual reconocimiento de todos los individuos y culturas, y denuncia el no reconocimiento y el falso reconocimiento como formas de opresión” (2006, p. 59).

22 En todo caso, parece ser esta la opción que acoge uno de los instrumentos sobre derechos de los pueblos indígenas más relevantes. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece lo siguiente: “Artículo 1(2). La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

23 Para un análisis del papel de los expertos en el régimen constitucional multicultural en Colombia, ver Ariza (2009) y Rappaport (2008). Al respecto, Khittel señala lo siguiente para el caso de las comunidades negras: “El poder de definición parece haber cambiado desde las selvas tropicales del Chocó y los movimientos sociales para ser asumido por burócratas, antropólogos y demás personal técnico del Estado. Los problemas ya no son las reivindicaciones de la población, sino la necesidad del sistema jurídico de entender un sistema diferente para que puedan resultar compatibles” (1998, p. 274).

identitario, pasando por los espacios de toma de decisión como la consulta previa en donde se debe establecer la vocería y representación del sujeto consultado, hasta llegar a la oficina en la cual un funcionario debe iniciar el procedimiento para la inscripción en el Registro de Víctimas. Así, en el discurso jurídico pronunciado sobre la diferencia étnica y cultural se pueden escuchar, a veces al unísono, en ocasiones en conflicto, las voces del reconocimiento y la desconfianza.

## II. DESCONFIANZA

### A. Desconfianza analítica

La voz de la desconfianza proviene de distintas fuentes, cada una de ellas orientada por un sentido común particular sobre el comportamiento típico del sujeto colombiano frente al cumplimiento de las normas. En el campo académico la voz toma la forma de discursos analíticos que, para la construcción de sus argumentos, incorporan de manera importante el enunciado de la malicia indígena. El sentido común sobre el incumplimiento como una actitud cultural —y por lo tanto identitaria—, permea los análisis sociológicos locales que intentan hacer inteligible la relación de sentido entre los individuos y el mundo deontológico de las normas. En particular, el discurso más influyente en este sentido señala la ineficacia instrumental del derecho, y su corolario fenomenológico en el incumplimiento, como uno de los factores que moldean el campo jurídico en América Latina y que debería ser tomado en cuenta para producir conocimiento sobre la realidad jurídica de la región.

El legado cultural de la malicia indígena cumple un importante papel en el moldeamiento de las actitudes individuales y sociales frente al derecho. Las raíces de esta actitud culturalmente orientada, según este discurso, se extienden hasta los tiempos coloniales:

El instinto de conservación de las mayorías indígenas frente al autoritarismo español había creado una actitud individual y social de desacato soterrado al derecho y a todo lo ordenado por las autoridades coloniales. En términos de la teoría del campo jurídico, una estrategia común de los actores subordinados del campo era no rebelarse abiertamente pero tampoco obedecer incondicionalmente (...) Esta actitud de legítima defensa frente al derecho, en algunos, y de táctica oposición o simple desacato, en otros, configura un panorama general de desconocimiento del derecho y de precariedad de su poder regulador” (García y Rodríguez, 2003, p. 32).

El incumplimiento de las normas es entendido como una forma de resistencia frente a la opresión y el dominio colonial, sentido que se desvanece en discursos posteriores en los cuales la actitud cultural del sujeto incumplidor adopta manifestaciones típicas diversas.<sup>24</sup> García se propone explicar las prácticas agrupadas bajo

<sup>24</sup> En efecto, sobre este particular se señala lo siguiente: “La actitud ciudadana de desobediencia, desconfianza o simplemente negligencia frente al cumplimiento de las normas del derecho oficial, propia de la recepción de las instituciones y la cultura jurídica europea continentales en la época colonial continúa a pesar de casi 200 años de vida republicana (...) las huellas de la ruta de entrada a la modernidad y de la asimilación de la tradición jurídica francesa en América Latina han contribuido a que no se haya consolidado una característica importante de la modernidad jurídica, esto es, una cultura de cumplimiento de la ley y la defensa y protección de los derechos ciudadanos como parte esencial del concepto de ciudadanía” (García y Rodríguez, 2003, p. 45).

el rótulo “incumplimiento” desde tres puntos de vista distintos, pero que al final acaba relacionando entre sí: el estratégico, el político y el cultural (2010, p. 239). Mientras que la mentalidad estratégica corresponde al tipo clásico de acción social significativa racional con arreglo a fines, el incumplimiento como un asunto político se observa desde la perspectiva de la rebeldía, y el cultural como un conflicto en la primacía de valores.

A su vez, estos puntos de vista suponen la existencia de una mentalidad incumplidora particular. Para la perspectiva estratégica, el vivo; para la política, el rebelde, y para la cultural, el restaurador. En el ámbito de las mentalidades, abstractamente consideradas, estas pueden combinarse entre sí para dar lugar a nuevas formas de incumplimiento. Cada una de estas mentalidades, a su vez, es propia de la pertenencia a una clase social y, también, de un contexto institucional particular, ya sea un Estado constitucional, un Estado débil y un Estado ausente. Este análisis culmina con una propuesta sobre los “remedios para contrarrestar las prácticas de incumplimiento” (García, 2010, p. 240).

El enunciado central de este discurso sostiene que el incumplimiento actual de los ciudadanos locales es una cuestión cultural que tiene mucho que ver con la forma como las personas —entre ellas los indígenas— se comportaban en los tiempos coloniales, principalmente orientados por la malicia y el comportamiento estratégico y soterrado. Si bien, como se mostró en la introducción a este texto, es posible sostener que la mentira estaba presente, al igual

que la actitud estratégica, en el mundo colonial; resulta más complicado defender que esta era la acción significativa dominante y que ha permanecido históricamente para convertirse en un fenómeno cultural.

El juicioso desarrollo de este análisis sobre el incumplimiento, y su manifestación en la creación de una tipología de las formas significativas del fenómeno, permiten ver el sutil, pero a la vez contundente papel que cumple el enunciado de la malicia indígena en la construcción de saber sobre la relación entre los sujetos y el derecho. Si bien el atributo de la malicia indígena se refiere, en principio, a uno de los tipos ideales —la conversión del vivo en taimado—, cuando se afirma que ha permeado a todas las clases sociales hace pensar que se convierte en asunto generalizado. La descripción de los distintos tipos ideales de incumplidores puede ayudar a aclarar el argumento. Por una parte se encuentra el “vivo”, quien desobedece para satisfacer su interés personal. Este es “el personaje incumplidor más frecuente” (García, 2010, p. 240). El vivo, según García, “es un personaje de frontera. No es un pícaro, ni un vividor; tampoco es un travieso; pero tiene un poco de todos estos personajes. Si actúa de manera ruin es porque lo necesita, más que por ser esa su naturaleza” (2010, pp. 240-241). La clase social típica donde se presenta el vivo, parece ser, la clase media, en la medida en que “muchos pobres” asumirían más bien un actitud de defensa frente a las normas estatales y “no cumplen, o sólo cumplen cuando se sienten obligados” (García, 2010, pp. 240-241).

Por otra parte, el “rebelde” incumple por “defensa personal contra la autoridad” (García, 2010, pp. 240-241), mientras que el “arrogante” orienta su comportamiento contrario a las normas con base en la creencia en “valores superiores” (García, 2010, pp. 240-241). La combinación de estos tipos da como resultado, a su vez, tipificaciones de sentido adicionales. La simbiosis motivacional de la viveza con la rebeldía encuentra en el *taimado* su expresión típica; la mezcla entre viveza y arrogancia se cristaliza en el *déspota*, mientras que el individuo que orienta su comportamiento con base en la rebeldía mezclada con arrogancia será un *restaurador* (García, 2010, p. 252). El análisis se sintetiza de la siguiente manera:

En Colombia existe toda una cultura del desacato fundada en la convicción popular de que el ejercicio de la autoridad (...) es producto de la suerte, de las relaciones de clientela, de la astucia o de la fatalidad, pero no del mérito o de la ley. La llamada “malicia indígena” tiene mucho de esa actitud de defensa velada del subordinado frente al superior. Pero la malicia no es sólo indígena; ha permeado todas las clases sociales. El personaje que representa esa actitud es el *taimado*” (García, 2010, p. 253).

Este discurso analítico no solo ofrece un diagnóstico, sino que también proporciona un remedio.<sup>25</sup> La explicación del incumplimiento como actitud cultural frente a las normas se va deslizando, sutilmente, hacia un análisis de *desvia-*

*ción* y, por lo tanto, la conducta que se hacía inteligible en términos de expresión cultural se convierte en un acto reprochable —fruto de una combinación entre contexto y personalidad— que exige la intervención del Estado, a veces fortaleciendo los mecanismos para hacer cumplir las normas, en ocasiones reclamando la aplicación de sanciones. La fragilidad del Estado de Derecho y del orden social frente al advenedizo sujeto, el vivo, el *taimado*, que burla las normas, exige una respuesta clara que aminore el flagelo de la desarticulación social que se asocia con el incumplimiento. La descripción de la situación en Colombia es la siguiente:

como la gente ve que no hay sanciones efectivas y que todo el mundo incumple, se siente con derecho a desobedecer y termina acomodando sus convicciones morales a su desobediencia. Ante esta situación desalentadora, es natural que algunos creen que la solución ideal para que se respete la ley está en el rescate de la moralidad, más que en el fortalecimiento de las sanciones legales (...) La amenaza de la sanción cumple un papel fundamental en el Estado: no sólo disuade a los vivos de que incumplan, sino que los domestica, los acostumbra a respetar las normas sin que ello obedezca a un cálculo estratégico (García, 2010, p. 271).

Aunque se reconoce que la capacidad de legitimación es importante y “cierta igualdad material es indispensable” (García, 2010, p. 273) para asegurar que las personas se *acostumbren* a cumplir la ley, parece que se hace énfasis en la capacidad sancionatoria del Estado para moldear las conductas, para disuadir y “domesticar” a los incumplidores, para eliminar

25 Para cada uno de los tipos de mentalidades incumplidoras se ofrece un remedio. Así, el antídoto de la rebeldía es un incremento de la legitimidad, mientras que el de la arrogancia es la cultura ciudadana (García, 2010, pp. 270-271).

sus acciones racionales con arreglo a fines en el campo legal que los lleva a ser “vivos”. Se asume que la certeza de la sanción disuade a los individuos para que se abstengan de desplegar comportamientos desviados pues, después de todo, en algunos contextos, “la sanción comunitaria —la vergüenza, la culpa— es tan efectiva como la cárcel” (García, 2010, p. 270).<sup>26</sup>

Así, aunque parezca extraordinariamente complicado, se sugiere la utilización de los instrumentos coercitivos del Estado para generar cambio cultural, para que la malicia indígena que se ha difuminado entre otros, que ha permeado todas las clases sociales, pero que a la vez se ha condensado en el *taimado*, ceda ante los patrones propios de la modernidad jurídica. No es este el lugar para discutir desde un puesto de vista normativo la justificación de la sanción —sea la vergüenza o el encierro penitenciario— en contextos de injusticia y desigualdad social. En este caso lo que se sancionaría, cuando se supone que el incumplimiento es una manifestación subjetiva, una *mentalidad*, sería una agencia individual orientada por la satisfacción de bienes y servicios dentro de una estructura de exclusión y desigualdad material. Por ello, la legitimidad de la sanción dependería, en primer lugar, de esa cierta igualdad material, lo

cual puede traducirse en cierto goce de derechos económicos, sociales y culturales antes de reclamar la fuerza sancionatoria del Estado.<sup>27</sup>

La idea de “necesidad” en este texto aparece más como un argumento de la mentalidad incumplidora por excelencia —el vivo—, como una excusa o justificación de su comportamiento estratégico y egoísta, y no como una acción orientada por un estado de cosas materialmente opresivo. Cuando se dice, en el caso del vivo, que la “necesidad es vista como un asunto de vida o muerte, o por lo menos como un asunto más importante que el respeto a las normas” (García, 2010, p. 242), parece que esta *visión* fuese una percepción que se presenta por parte del vivo para justificar el cálculo estratégico en el que descansa el incumplimiento. La necesidad puede precisamente excluir el cálculo racional de medios y fines al responder fuertemente a una acción emotiva, en la cual, como ya lo mencionó Weber, las explicaciones con base en el modelo de la acción racional con arreglo a fines pierden fuerza. Si el remedio para el comportamiento del vivo, construido de esta manera, es la imposición de sanciones eficaces, se estaría recomendando, en última instancia, sancionar *la necesidad*.<sup>28</sup>

26 Parece que se asume, así, una visión instrumental sobre la obediencia del derecho, dejando de lado una perspectiva normativa, que entiende que el cumplimiento de las normas tiene mucho que ver con visiones más amplias sobre la legitimidad de estas y su relación con la justicia y no necesariamente por el efecto disuasivo de la sanción (Tyler, 1990). Si las personas “desobedecen” las normas porque las consideran injustas, ilegítimas o la expresión de una estructura de dominación de clase, resulta problemático aseverar que la respuesta es sancionarlas, domesticarlas o acostumbrarlas a comportarse de acuerdo con ese arreglo normativo, sosteniendo de esta manera un estado de cosas que puede ser profundamente injusto para ciertos sectores poblacionales.

27 Al respecto ver Gargarella (2008).

28 Una interpretación distinta del ejemplo del taxista que se presenta en el texto como manifestación de esta mentalidad en un contexto y un tipo de estado, puede ayudar a esclarecer el argumento que aquí se expone. El taxista es un ejemplo de la acción racional con arreglo a fines. Ejemplifica la ambivalencia del vivo —como un virtuoso y como un sujeto de reproche—. En efecto, se asegura que en el caso de los taxistas de Bogotá “la necesidad de ganar dinero los impulsa a llegar primero a donde está el cliente, y a violar cuanta norma sea necesaria para lograr el fin de ganar dinero. Lo único que los detiene es la posibilidad de sanción” (García, 2010, p. 241). Más allá del carácter problemático de la construcción que se hace del taxista típico, como

La apelación a la sanción como respuesta para domesticar a los incumplidores, además, enfrenta problemas adicionales desde el punto de vista analítico. Aquí, quisiera señalar algunos de ellos. Por una parte, se asume que la sanción legal disuade, en general, y se desconoce si la disuasión opera en lo absoluto en contextos de necesidad.<sup>29</sup> Parece, entonces, que se tie-

ne bastante confianza en la función preventiva general de las normas sancionatorias. Por otra parte, no queda claro si la agenda que persigue esta propuesta es una suerte de transformación subjetiva que genere cierta normalización disciplinaria o si lo que se defiende es una teoría sobre la desviación culturalmente orientada.<sup>30</sup> Y, por último, parece que se apela a cierta supremacía de las normas del derecho estatal sobre los arreglos normativos no estatales. En este sentido, resulta problemático definir el significado de una conducta como “incumplimiento” en un campo jurídico caracterizado por la pluralidad jurídica, pues la no conformidad con un conjunto de normas estatales puede suponer la aceptación de un conjunto normativo alternativo, no estatal, que se considera vinculante por parte del agente.<sup>31</sup> Los dilemas en torno a

una especie de individuo anárquico y egoísta que solo puede ser detenido con sanciones, resulta confusa la manera como se entiende la necesidad en este caso. Una interpretación densa del comportamiento significativo del taxista puede generar una trama explicativa diferente, que asume en toda su propiedad el peso del contexto en la orientación de las acciones significativas. El taxista, ante todo, es un trabajador. El taxista típico de Bogotá no es propietario del automóvil que conduce; por lo general, no recibe salario constante a cambio de la venta de su fuerza de trabajo. Su ingreso diario es el resultado del excedente de aquello que se denomina “producido”, es decir, la suma de dinero que queda luego de pagar al propietario del automóvil el uso diario del mismo —por lo general 70 mil pesos—, además de los gastos de combustible, limpieza y en algunos casos mantenimiento del vehículo. Debe conseguir el producido, más su renta particular, durante un turno de doce horas de conducción ininterrumpida, en medio de un tráfico que impide la movilidad efectiva. Si el turno es de noche, debe enfrentar serios riesgos de seguridad. Puede que después de doce horas de arduo trabajo no logre el producido, debiendo asumir las pérdidas, o que apenas consiga una renta exigua para satisfacer sus necesidades personales. Así, el taxista anárquico y egoísta, bien podría ser representado como una persona que trabaja doce horas diarias sin contrato formal de trabajo, en condiciones de alta exigencia, a quien se transfiere en gran medida la conservación de los medios de producción (el taxi), con el riesgo de no recibir nada a cambio y que, además, debe soportar el estigma de ser considerado como el ejemplo típico del ciudadano que irrespeta cuanta norma se le atraviesa. La necesidad en este caso dista mucho de una satisfacción egoísta: el fin del taxista no parece ser ganar dinero porque sí, la ambición, el fin, es lograr que el tiempo que se dedica a la actividad en el mercado le permita satisfacer las necesidades básicas de vida. Esto no quiere decir, por supuesto, que aquel personaje típico que denominamos “taxista” se pase un semáforo en rojo y no deba recibir una multa si lo hace, este es enteramente un asunto normativo. La cuestión es, desde el punto de vista analítico, cómo se hace inteligible ese comportamiento y qué opciones valorativas se eligen en esta tarea, principalmente cuando se ofrecen remedios para contrarrestar una acción social que se considera, en todo caso, indeseable. La ausencia de una descripción densa del fenómeno puede llevar a interpretaciones superficiales del mismo (los taxistas son egoístas y anárquicos), que sesgan su comprensión y que limitan las opciones para enfrentarlo. Quizá, en este caso, el asunto a remediar no es la mentalidad calculadora del taxista, o hacer más eficiente el cobro de las multas, sino la transformación del régimen de explotación que caracteriza ese sector en particular. La capacidad de legitimación no es solo un asunto que deba ser abordado en el caso del rebelde.

29 La discusión académica al respecto es tan intensa como amplia. En general, la teoría de la disuasión supone que el sujeto es un actor ra-

cional que decide con base en un cálculo sobre los costos de su elección; así, si la sanción es “alta” el individuo se abstendría de elegir el delito, mientras que si esta es de menor intensidad, no habría barrera alguna. Este tipo de aproximación ha llevado a que se elija la tipificación de delitos y el aumento de penas como las principales medidas de la política criminal (Miethe y Lu, 2005, pp. 21-22). Para un análisis de la capacidad de disuasión de las sanciones, ver Reiff (2005, p. 77).

30 La desviación, en este sentido, es un efecto de la fuerza del discurso jurídico: “[L]as instituciones jurídicas contribuyen *universalmente*, sin duda, a imponer una representación de la normalidad en relación con la cual todas las prácticas *diferentes* tienden a aparecer como *desviadas*, anormales, patológicas” (Bourdieu, 2002, p. 211).

31 Esto resulta más complicado si se sostiene, además, que la pluralidad jurídica es uno de los factores que definen el campo jurídico en América Latina (García y Rodríguez, 2006). Bien sea asumiendo que los órdenes normativos se encuentran en competencia y son diferenciados (Merry, 2007) o que estos son mutuamente constitutivos dando lugar a la “interlegalidad” (Santos, 1987), el corolario fenomenológico puede suponer que el agente se orienta privilegiando uno de ellos, desconociendo, por lo tanto, el restante. Así, el llamado a la prevalencia del orden normativo estatal para “domesticar” a los incumplidores podría suponer la reafirmación del centralismo jurídico estatal, uno de los aspectos más discutidos en términos analíticos y políticos en el campo local y regional. Como lo señala McDonald, en el contexto del pluralismo jurídico, “(...) el comportamiento opuesto o no ajustado (bien sea por ignorancia, desaprensión, egoísmo, por la aquiescencia según el contexto específico o por la resistencia activa o pasiva) puede ser un intento por articular una imagen diferente de la normatividad

los factores que inciden en el encarcelamiento de indígenas en Colombia muestran la enorme complejidad y los efectos que supone catalogar, en un contexto multicultural, el comportamiento de una persona que se identifica como indígena con base en y apelando a una supremacía valorativa y política de las normas sancionatorias del derecho estatal dominante (Ariza y Zambraño, 2013).

La propuesta en torno a la imposición de sanciones legales para “domesticar” a los infractores, para disciplinar e inculcar la virtud cívica en la personalidad de ese “tipo negligente, perezoso, descuidado o simplemente indolente” (García, 2010, p. 259), enfrenta los problemas anteriormente señalados. Asume no solo la legitimidad de la sanción como tal sino de la forma que efectivamente adopta en el mundo de las relaciones sociales: la arbitrariedad, el autoritarismo, el castigo penal selectivo y el encierro en condiciones inhumanas.

Esta construcción discursiva del destinatario típico de las normas desde el punto de vista de incumplimiento, viveza, malicia y rebeldía, comparte y refuerza un sentido común que, de alguna manera, ordena incluir la desconfianza en las relaciones con la “gente”. Como “todo el mundo incumple”, la desconfianza es apenas una cuestión de sentido común. La desconfian-

---

(...) Los individuos pueden sentirse apegados a una red de regímenes legales múltiples y en ocasiones en conflicto, en virtud de sus afiliaciones a varios grupos sociales, por sus propios estándares normativos, a través de su interacción con instituciones (familias, clubes, iglesias, escuelas, cuerpos auto regulados, corporaciones, comunidades, etc.) que reflejan, refuerzan e implementan dichos estándares. El derecho emerge, en consecuencia, a través de estas interacciones y relaciones y no a través de los medios de coerción” (McDonald, 2011, p. 324).

za hace posible la indiferencia en la medida en que permite traducir ciertos comportamientos resultantes de una estructura social desigual y de un entramado burocrático y judicial que tiende a privilegiar los intereses de los sujetos con mayor capital, en cuestiones puramente subjetivas y, de este modo, permite explicar el reclamo de solidaridad cara a cara de la persona que sufre la violencia, la desigualdad social y la indigencia como viveza y malicia, perpetuando relaciones sociales insolidarias.

La persona que pide ayuda en un semáforo cualquiera de una ciudad, diciendo que ha sido desplazada por la violencia, puede ser vista con desconfianza cuando el sentido común nos dice que puede estar simulando, que es una persona “viva” que se hace pasar por víctima, por desplazada, para obtener recursos. En este caso la solidaridad cede ante la desconfianza y permite al sujeto que no ha experimentado la violencia y el sufrimiento seguir reproduciendo la realidad de su vida cotidiana, impidiendo que la experiencia del otro también haga parte del acervo de conocimiento que orienta su comportamiento frente a los demás.

Los motivos por los cuales una persona en particular orienta su comportamiento de acuerdo con la conducta prevista en una norma jurídica pueden ser, ciertamente, inabarcables. Captar el sentido de la acción, comprender los motivos que llevan a individuos particulares a adoptar una acción social, supone construir dicha relación significativa. Exige sintetizar en tipos o categorías los comportamientos observables que se presumen presentes en espacios y tiempos

determinados.<sup>32</sup> Las ideas de valor que orientan dichas construcciones tipológicas al mismo tiempo les dan sentido. Así, decir que la malicia indígena es un legado cultural que se ha difundido como actitud social general frente a las normas y cuya condensación tipológica es el taimado, supone *optar* por dicho atributo para explicar un conjunto de comportamientos. Supone, en primer lugar, creer que la malicia es parte de lo indígena y que ese atributo se ha esparcido en la población general, explicando en parte su comportamiento típico ante las normas. Elecciones igualmente razonables indican formas de construcción de la realidad que generan efectos distintos a la desconfianza y al fortalecimiento de un sentido común que exige como respuesta la apatía y el apego a la sanción. La anterior construcción analítica desplaza de manera poderosa otras explicaciones posibles sobre la agencia individual en contextos de desigualdad y violencia y, en este proceso, fortalece la desconfianza ante el comportamiento del indígena siempre inclinado a la malicia.

### ***B. Desconfianza jurídica***

La desconfianza también se escucha en la voz de los tribunales y los expertos que acompañan el proceso de implementación del régimen multicultural. En pocos campos los expertos han

32 Las categorías y tipificaciones analíticas son instrumentos de los que se vale el analista para hacer inteligible la realidad, para sí mismo y para otros. Así, la labor sociológica exige convertir "los hechos dados a configuraciones", las cuales no constituyen un reflejo de la realidad ni tampoco encontrarán en ella una manifestación directamente correspondiente (Simmel, 2002, pp. 25-26). Los tipos ideales son una forma de "poner orden en el caos de aquellos hechos" (Weber, 1973, p. 92), y que, por ello, "en su plena pureza conceptual no encuentran representante en la realidad, o lo encuentran solo parcialmente" (Weber, 1973, p. 83).

adquirido tanta importancia e influencia como en la definición de los elementos constitutivos del régimen multicultural.<sup>33</sup> Gracias al conocimiento del que son depositarios han ingresado al campo jurídico para identificar individuos y explicar tradiciones culturales. Realizan una labor de traducción de los comportamientos individuales y colectivos que se tipifican bajo la fórmula "indígena" a las categorías propias del lenguaje jurídico, haciéndolas inteligibles. En esta suerte de división del trabajo realizan la primera transmutación, la cual es primordial para que los expertos jurídicos puedan resolver los casos.<sup>34</sup> La transmutación definitiva es efectuada por el juez cuando emite su sentencia y establece quién es el sujeto, cuál es la cultura y cómo debe gestionarse su alcance en el contexto de una constitución liberal. La Corte, en una sentencia reciente, ha establecido el marco del diálogo y la traducción cultural, en función de una tipificación específica basada en el grado de conservación:

Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas

33 Como lo señala Bourdieu: "Los profesionales tienen en definitiva, el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros. Es así como los profesionales crean la necesidad de sus propios servicios al constituir en problemas jurídicos los problemas expresados en el lenguaje ordinario, por el hecho de que los traducen al lenguaje del derecho" (2002, pp. 189-190). Para un análisis de la participación de peritos en el campo multicultural, ver Ariza (2009).

34 Sobre el concepto de transmutación, ver Bourdieu (2002, pp. 185-186), quien al respecto señala: "El campo jurídico es el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de sus clientes. Estos profesionales tienen en común conocer y reconocer la regla del juego jurídico, es decir, las reglas escritas del campo, aquellas reglas que es necesario conocer para triunfar contra la letra de la ley".

sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica.<sup>35</sup>

En la medida en que el discurso jurídico se presenta permeable al saber construido en su exterior, incorpora ciertos enunciados, conceptos y nociones que le permiten “llenar” de contenido algunas de sus categorías. Esta recepción de contenidos muestra que la autonomía del discurso jurídico es relativa y que las formaciones que realiza son el producto de una suerte de simbiosis entre el saber jurídicamente construido y el saber generado en los centros de producción académica y científica. Dicha simbiosis da lugar a “híbridos” (Teubner, 2002), a enunciados y conceptos que no son propiamente jurídicos pero tampoco siguen siendo los mismos que fueron construidos en su campo de producción original:

la incorporación del conocimiento de la ciencia social no es realmente una vía de escape a lo que hemos denominado la trampa epistémica del Derecho moderno. No sólo no resuelve el conflicto entre las realidades jurídicas y las científicas, sino que añade una nueva realidad que no es ni una pura construcción jurídica ni una científica. Los constructos son (...) criaturas híbridas, producidas en el seno del proceso

jurídico con la autoridad prestada de las ciencias sociales (Teubner, 2002, p. 566).

La construcción de estos híbridos, sin embargo, no es una cuestión técnica neutral; por el contrario, cuando se trata de aproximarse a la alteridad indígena dicha elaboración está orientada de manera fuerte por la idea que se tiene de su significado y sus atributos. Con base en una definición sobre la autenticidad indígena, basada en un reclamo sobre su lugar, su relación con el pasado y su vínculo con la naturaleza (Ariza, 2009; Bocarejo, 2011), se califica a aquel individuo que no ajusta a este patrón de normalidad como acomodaticio, estratégico o camaleónico.

Dos factores han hecho que la voz de la desconfianza, en ocasiones, ahogue el reclamo de reconocimiento y que sus enunciados ingresen de manera fuerte al discurso jurídico sobre el multiculturalismo. El primer factor se genera por el reclamo de sistematicidad y coherencia del discurso jurídico, dando lugar a un argumento formalista de seguridad jurídica. La seguridad exige previsibilidad y la capacidad de ordenar las variables que permitan un proceso de adjudicación relativamente estable. Por ello, el discurso jurídico requiere una unidad identitaria de referencia para poder analizar sus variaciones. Así, los expertos gestionan los reclamos identitarios en función de sus propias necesidades operativas, transmutándolos en una categoría asible y funcional (Ariza, 2009).

La creación de criterios, nociones e indicios para la adecuada identificación del sujeto —individual y colectivo— que puedan ser usados

35 Corte Constitucional, sentencia T-903 de 2009. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

para resolver casos rutinarios, hace necesario identificar y reducir las variaciones dentro de la diferencia para poder generar una única forma posible de *ser indígena* para el discurso jurídico. En este contexto, el reconocimiento de la diferencia étnica y cultural se torna en una cuestión técnica de identificación. El reconocimiento es reemplazado por la construcción jurídica del sujeto étnica y culturalmente diferenciado. El discurso así construido sienta las bases de su propio incumplimiento en el campo fenomenológico pues solo algunas de las manifestaciones en *la realidad* corresponderán a la tipología así creada. Las desviaciones de esta categoría “normal” de indígena serán vistas como la manifestación de la malicia y el incumplimiento.<sup>36</sup>

36 La desconfianza, por ejemplo, que se ha presentado por parte del Consejo de Estado y de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior en el caso de las solicitudes de reconocimiento de cabildos urbanos es un ejemplo significativo. Uno de los argumentos expuestos por el Consejo de Estado para negar el reconocimiento se basaba en la imposibilidad de distinguir entre miembros auténticos y personas que simplemente habían ingresado a la comunidad de manera estratégica: “Los dirigentes indígenas no han tenido control sobre el ingreso de personas extrañas al grupo étnico [...] generando conflictos que conlleven el rompimiento de la unidad e identidad propia de la comunidad, y la pérdida de la diversidad étnica y cultural de la cultura Muisca [...]” (Consejo de Estado, AC-0963, 2001, p. 13). Igualmente, esto se manifiesta en la adopción de una práctica institucional que exige la aplicación de “pruebas identitarias” para comprobar la autenticidad de los reclamos de reconocimiento, cuando dicha exigencia no parece desprenderse de manera clara de las normas existentes. Como lo señala Mejía, al revisar la interpretación que hace el Ministerio del Interior del Decreto 2546 de 1999, art.19, “no se encuentra en el artículo una obligación explícita de estudiar la identidad cultural de un grupo indígena determinado. Este argumento puede deberse a una interpretación del artículo 19 (literal d) de este Decreto, el cual reza: Son funciones de la Dirección General de Asuntos Indígenas las siguientes: [...] d. Realizar y divulgar investigaciones, publicaciones y material de interés general sobre las comunidades indígenas, así como producir los conceptos administrativos que sean necesarios sobre los pueblos indígenas y su relación con la sociedad nacional y el Estado. Contrario a esto, el Consejo de Estado en sentencia AC-0963 de septiembre de 2001 —Caso Muisca de Suba— aseveró al Ministerio del Interior y a la Alcaldía Mayor de Bogotá que estas instituciones “solo están habilitados por la ley para llevar el registro de las decisiones que las comunidades adopten, y para certificar lo que ellas quieran que figure en sus archivos...” por lo que no queda claro si estas instituciones, principalmente el Ministerio del Interior, realmente tengan el deber legal de “estudiar la identidad cultural de las comunidades indígenas” (Mejía, 2013).

El segundo factor se refiere, precisamente, a la enorme variedad dentro de la diferencia y su posible impacto en un proceso de adjudicación constitucional estable y previsible.<sup>37</sup> La necesidad de reducir lo diverso a lo unívoco, de homogeneizar en una única categoría analítica —y jurídica— la enorme diversidad que se alega reconocer, hace que los individuos tengan que transformarse para *parecer ser*, para ajustarse y responder a lo que el sujeto que ejerce el poder de decisión cree que es un indígena auténtico. El hecho mismo de que no exista claridad sobre el número de comunidades que pueden ser catalogadas como indígenas es bastante dicente al respecto. Mientras que para el Gobierno existen 88 pueblos indígenas, para la Organización Nacional Indígena de Colombia el número asciende a 102. Entre estas dos cifras hay comunidades e individuos que se encuentran en una suerte de limbo de reconocimiento. Para una de las partes son indígenas; para la autoridad estatal, no lo son. Muchas otras que comparten ciertas características son reputadas como campesinas, mientras que algunas se encuentran en espacios urbanos donde su reclamo se hace más dudoso, hasta llegar a aquellas que recientemente aparecen como resultado de los procesos de reemergencia étnica.<sup>38</sup> Esta misma

37 De acuerdo con Bonilla, “todas las minorías culturales de Colombia han incorporado elementos (políticos, económicos, sociales y religiosos) de la cultura mayoritaria en un grado mayor o menor. Todas ellas son híbridos culturales. Sus culturas son complejas estructuras en las que tradiciones nuevas y viejas coexisten, a veces de manera pacífica, a veces de manera problemática” (2006, p. 152).

38 En este sentido Bengoa (2007, p. 13) señala lo siguiente: “Es a este complejo proceso de reconocimientos mutuos, de cambio en los sistemas de clasificación, de aparición de identidades que al parecer estaban escondidas que le denominamos “la emergencia indígena en América Latina” y que es quizá uno de los fenómenos socio culturales más importantes del último periodo de nuestra historia”.

situación se repite a nivel individual, dando lugar a una enorme diversidad dentro de la diferencia étnica y cultural.

La siguiente es una tipología de las distintas formas de identidad indígena construidas por el discurso jurídico local. En este cuadro intento sintetizar una suerte de taxonomía de los distintos tipos de "indígenas" para el régimen jurídico, la cual sería, en mi opinión, el efecto de la combinación del discurso conservacionista y naturalista<sup>39</sup> sobre la identidad indígena y la lectura, desde el punto de vista del cumplimiento/incumplimiento de normas, de su relación con el derecho.

Las variaciones que se muestran en la anterior tabla, y que dan lugar a una suerte de taxonomía culturalista, pueden ser sintetizadas de la siguiente manera. Para el discurso jurídico, el indígena auténtico será aquel que habita continuamente en el espacio del territorio ancestral, en donde reproduce a través de su vida cotidiana una tradición cultural que lo vincula existencialmente con la naturaleza y su tierra. Este es el indígena que nace siendo indígena y que muestra su autenticidad en cada acto desplegado, en su resistencia ante la conversión de la naturaleza en un recurso y en la adopción de un sistema productivo basado en la subsistencia.

Identidad indígena	Espacio	Modo de existencia	Forma de adquisición de la identidad	Comportamiento típico frente al régimen multicultural
Auténtica	Territorio ancestral/naturaleza	Unívoco: acervo de conocimiento nutrido por la tradición cultural	Acto original de nacimiento	Cumplimiento/sujeto de protección
Aparente	Territorio ancestral/naturaleza/suelo urbano	Híbrido: acervo de conocimiento nutrido por la tradición cultural y las pautas sociales generales	Movilidad-reemergencia e invención	Estratégico-incumplidor
Asimilada	Urbano	Unívoco: pérdida del acervo cultural tradicional y adquisición de las pautas sociales generales	Pérdida, movilidad y reemergencia	Excluido

39 Entiendo por discurso conservacionista aquel que se basa en los siguientes enunciados. En primer lugar, considera que la población actualmente existente es y debería ser la destinataria de las normas cultural y étnicamente diferenciadas, limitando su extensión a otros casos y poblaciones. Esta limitación de la cobertura del régimen, y este es el segundo enunciado, se basa en la creencia en que es posible identificar las identidades auténticas de las acomodaticias o problemáticas. En tercer lugar, y quizá es en este ámbito donde sus efectos han sido más fuertes, en que la política estatal debe proteger a las minorías nacionales de la amenaza de la desaparición y destrucción siempre latente.

El indígena natural y pobre será su representación corpórea. En este caso, el reconocimiento de la diferencia cultural privilegia lo que puede denominarse como el modelo natural/ecológico de la identidad cultural.<sup>40</sup> Este tipo de indígena

40 El lugar del indígena, en consecuencia, es la naturaleza y así se localiza la identidad (Bhabha, 1991). Para un análisis de la construcción del "nativo ecológico" ver Ulloa (2004) y Wade (1999, p. 80) quien in-

es el destinatario por excelencia del régimen jurídico multicultural y se entiende que debe ser protegido frente al incumplimiento *de los demás*. Es, igualmente, el sujeto destinatario por excelencia de las políticas que deben incorporar un enfoque diferencial étnico y cultural.

A la sombra de la autenticidad así construida yacen los demás indígenas posibles. En primer lugar, se encuentra aquel sujeto que *parece ser* pero no es indígena. El indígena aparente es aquel que recorre tanto el espacio del territorio ancestral como el suelo urbano, atravesando la frontera simbólica del antiguo pueblo de indios para desvanecerse poco a poco dentro de la población mestiza. Es el indígena que no debe ser cobijado por el régimen multicultural porque este se encuentra dirigido a los **“indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”**.<sup>41</sup> Su dualidad identitaria y la riqueza de su acervo de conocimiento es al mismo tiempo la imposibilidad de su autenticidad. Su movilidad espacial es también su movilidad identitaria. El acceso al suelo urbano y su contacto con el mundo de la vida citadina lo contamina. El discurso jurídico lo

tilda de individuo acomodaticio<sup>42</sup>, con capacidad de metamorfosis<sup>43</sup>, y su relación con las normas estará moldeada fundamentalmente *por su incumplimiento*. Es, igualmente, el sujeto que está a punto de ver cómo se consume el daño cultural por excelencia, la asimilación cultural, y que tenderá a ser excluido del régimen jurídico multicultural. En su caso, la duda sobre su identidad se resolverá a favor de la desconfianza.

En esta suerte de recorrido progresivo hacia la desconfianza culmina con la ausencia total de identidad étnica y culturalmente diferenciada. La ausencia de identidad étnica y culturalmente diferenciada es a la vez momento de iniciación y de finalización. Iniciación, cuando individuos y poblaciones que carecen de los elementos necesarios para ser considerados indígenas intentan adquirirlos para transformarse en su alteridad y acceder a regímenes jurídicos, económicos y políticos más favorables. La conversión identitaria será un medio para ceder a la seguridad en la tenencia de la tierra. La recuperación de la lengua, las tradiciones, la reconstrucción de un vínculo histórico con un pasado y una tierra con la ayuda de expertos en ciencias sociales, marca el momento primigenio de la reemergencia étnica.<sup>44</sup>

---

terpreta la situación en los siguientes términos: “Indians are therefore good candidates to be labeled –and to label themselves– as guardians of the environment: tied to land, defenders of the institutions which define that tie, controllers of mystical forces, some of which emanate from the land. There is an imaginative possibility of a mystical participation between indian and land”. Bengoa (2007, p. 135) resume la situación así: “(...) no cabe duda que el discurso ecologista es una recreación de ese culto a la naturaleza y es una recreación éticamente correcta en la medida en que no engaña a nadie sobre lo que ha sido el comportamiento de los indígenas con la naturaleza. Pero es un discurso recreado en función de establecer una sagaz alianza con los sectores más postmodernos de la demanda social”.

41 Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994. Magistrado ponente: Alejandro Martínez.

42 Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996. Magistrado ponente: Carlos Gaviria.

43 Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1997. Magistrado ponente: Carlos Gaviria.

44 Generalmente, se ha entendido que los procesos de reemergencia étnica están relacionados con la creación de un contexto constitucional favorable para los pueblos indígenas. Así, ciertas comunidades e individuos que ocupan una posición de clase semejante, optarían por el camino de la conversión para acceder a bienes y servicios de los cuales se encuentran privados. Al respecto, ver Gross (2000) y Andion (2002).

La pérdida identitaria es también un momento de finalización. Finalización, en efecto, cuando los indígenas, individual y colectivamente, han transitado por la ruta que lleva al momento de la desaparición identitaria que se genera cuando se declara la asimilación cultural. El desapego territorial, causado por el despojo y el abandono forzado, y la consecuente presencia indígena en zonas urbanas, es un indicador que señala la inminencia del daño cultural consistente en la desaparición del sujeto étnica y culturalmente diferenciado. Cuando el daño cultural se ha consumado, el indígena habrá y será tratado como un asimilado que intenta infructuosamente acceder a un programa que no fue diseñado para atender su situación.

### III. DESCONFIANZA REINANTE

Más allá de establecer posibles correspondencias entre un discurso académicamente construido y los esbozos de una práctica institucional, este texto pretende mostrar que cada uno de estos campos está moldeado por una idea particular sobre la relación entre los sujetos y el discurso jurídico en el campo local: la desconfianza. Así, parecen poner en marcha un discutible sentido común nutrido por un conocimiento de receta sobre la actitud del ciudadano local frente a las normas, que no es otro que la parábola del incumplimiento. La experiencia en la aplicación de regímenes jurídicos especiales, como la Jurisdicción Especial Indígena, o los derechos diferenciados en función del grupo, muestra que la puesta en marcha del modelo constitucional multicultural ha estado permea-

da, de manera fuerte, por la desconfianza hacia los reclamos identitarios que se alejan del estándar de la normalidad indígena. El diseño e implementación de las políticas de atención, ayuda y reparación pueden transitar el mismo camino si el reconocimiento cede ante la desconfianza.

El diseño legislativo y su interpretación judicial suponen, aunque no siempre de manera explícita, la existencia de un tipo ideal de destinatario de las normas jurídicas. En el campo jurídico, el sentido de la relación entre las normas y sus destinatarios estará orientado por la naturaleza del sentido común imperante sobre el comportamiento de las personas frente al derecho. Con base en la idea que se tiene del sujeto que orientará, en teoría, su conducta de acuerdo con el abanico de posibilidades abierto por la legislación, esta adquirirá una forma u otra, puede ser garantista o restrictiva, progresista o regresiva. Si se considera que el tipo ideal de destinatario de las normas jurídicas es un sujeto *incumplidor*, la legislación —y su fase judicial— por lo general intentará restringir el ámbito de acceso, creando una batería de requisitos que cumplir y demostrar, exigiendo pruebas y estableciendo sanciones para desincentivar los fraudes.

En el caso del régimen multicultural la situación se torna aún más compleja. A los enunciados propios del sentido común y de las construcciones tipológicas que señalan el incumplimiento como actitud cultural dominante, se unen las problemáticas nociones sobre lo que significa *ser indígena*. Esta combinación, que encuentra en la *malicia indígena* su expresión más signifi-

cativa, puede suponer la creación de un obstáculo importante para el acceso a la justicia. En efecto, la decisión sobre la puesta en marcha del régimen multicultural diferenciado se resuelve, en última instancia, en los encuentros entre individuos en espacios institucionales concretos, en los cuales los operadores jurídicos e institucionales deben decidir si orientan su comportamiento con base en el reconocimiento o en la desconfianza.

Los microespacios institucionales de contacto son aquellos lugares en donde se produce el choque entre reconocimiento y desconfianza. En estos lugares se da el encuentro cara a cara entre el funcionario público, el experto y la persona que reclama reconocimiento. Si el funcionario que ejerce el poder de decisión sobre la presencia indígena orienta su conducta con base en el reconocimiento y la compasión hacia las víctimas tenderá a admitir que se encuentra frente a un sujeto étnica y culturalmente diferenciado. Si el funcionario, por el contrario, da prevalencia a la desconfianza negará el acceso al régimen multicultural. En este caso, el principio de buena fe y la autoafirmación de la conciencia étnica y cultural se convertirán en enunciados retóricos que tendrán un impacto menor en los procesos de reconocimiento, individuales y colectivos, de los sujetos que presentan el reclamo.<sup>45</sup>

45 Esto, a pesar de que la doctrina señala que la confianza es fundamental para que las víctimas puedan acceder a los sistemas de ayuda, atención y reparación: "El aspecto más importante a la hora de identificar a las víctimas es que dicha identificación se lleve a cabo sin ningún tipo de discriminación, atendiendo fundamentalmente al sufrimiento de las personas y no a su color político, su credo religioso, su pertenencia étnica o su género" (Gómez, 2007, p. 45).

La estructura de la legislación que regula la reparación integral y la restitución de territorios a las víctimas del conflicto armado con enfoque diferencial muestra claramente esta tensión y parece destinada a orientar una agencia individual basada en la desconfianza. La legislación acude a la fórmula general de identificación de víctimas contemplada en la Ley 1448 de 2011, sin incorporar principios claros que permitan orientar adecuadamente el proceso de identificación cuando está involucrado un elemento tan inasible como la diferencia étnica y cultural. En este sentido, el silencio que se guarda al respecto es tan significativo como lo que efectivamente se enuncia. La sola enunciación de la creencia en la buena fe de las víctimas dentro de un contexto fuertemente orientado por la desconfianza resulta insuficiente. Por supuesto, el punto no es criticar, *per se*, la imposición de criterios y límites para la reparación y asignación de recursos que esta supone, sino el impacto que estos surten en el tratamiento de la víctima que reclama poseer una identidad étnica y cultural diferenciada.

En efecto, cuando se trata del diseño de políticas, instituciones y de un marco legislativo para la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia, la problemática conjunción de estos factores produce efectos regresivos y profundamente negativos, pues incrementa la herida y el sufrimiento de los destinatarios de las normas: las víctimas que son vistas con desconfianza. El caso de los campesinos de *Las Pavas* es un ejemplo, tan claro como dramático, de los efectos que produce la utilización del canon de la desconfianza por parte de los ope-

radores jurídicos e institucionales al entender el comportamiento de los sujetos destinatarios de las normas<sup>46</sup>; también muestra la fragilidad del discurso que pronuncia la persona que ha sido víctima de un daño, que sufre y debe articular su dolor y su historia en un lenguaje inteligible y confiable para los técnicos gubernamentales e institucionales que pueden silenciarla acudiendo a la fuerza y la autoridad que ostentan. Cuando se trata de víctimas individuales y colectivas con enfoque diferencial étnico y cultural, la cuestión resulta todavía más exigente: no solo deben pasar el test de la desconfianza como víctimas sino que, además, deben comprobar que poseen una identidad especial, que son indígenas, afrodescendientes, que merecen

un trato diferencial. Cuando el reconocimiento cede ante la desconfianza, la malicia indígena emerge como una actitud que busca sortear las barreras que se han creado para impedir el acceso del vivo y del taimado, confirmando el problemático atributo que antes se presumía como rasgo identitario. La desconfianza prevalecerá sobre el reconocimiento.

## Bibliografía

46 El 14 de diciembre del año 2011, un grupo de personas provenientes de la depresión momposina se movilizaron hasta Bogotá y se concentraron en la Plaza de Bolívar para demostrarle al país su buena fe, para asegurarle a la sociedad colombiana que sí son víctimas del conflicto armado. También marcharon para exigirle al Estado colombiano que les presentará disculpas ante las acusaciones que habían sembrado la duda sobre la legitimidad de sus reclamos. En la medida en que la condición de víctima está ligada, en este caso, a la declaración que sobre la materia pronuncien las autoridades competentes, a estas les basta guardar silencio, en unos casos, o pronunciarse en sentido contrario, en otros, para que las víctimas dejen de serlo. La Fiscalía que estableció que los campesinos de la finca *Las Pavas* no podían ser considerados como víctimas de desplazamiento forzado asegura que estos son "falsos, apócrifos, ficticios". En pocas palabras, por un momento dejaron de ser víctimas jurídicamente para hacer visible el canon social en torno al sujeto destinatario de las normas en el contexto colombiano: un sujeto hábil, que actúa de mala fe y que posee una conciencia jurídica que orienta su comportamiento frente a las normas de manera "acomodatícia". Los campesinos de *Las Pavas*, gracias a su viveza, lograron recibir "abundantes toneladas de ayudas humanitarias por parte de Acción Social". Fiscalía General de la Nación. Archivo de las diligencias. Código FGN 50000-6, Cartagena, 11 de noviembre de 2011, p. 16. Para mayor información sobre el caso de los campesinos de la finca *Las Pavas* sugiero consultar los siguientes reportajes periodísticos: "En *Las Pavas* sí hay Víctimas". Jueves, 01 de diciembre de 2011. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/158-captura-de-rentas-publicas/3733-en-las-pavas-si-hay-victimas-/>; "Los sonados casos de la Fiscalía que negó que los campesinos de *Las Pavas* fueran víctimas". Por: Dora Montero Carvajal, 15 de diciembre de 2011, 3:04 am. Disponible en <http://www.lasillavacia.com/historia/los-sonados-casos-de-la-fiscal-que-no-les-creyo-los-campesinos-de-las-pavas-30278>

Andion, J. (2002). Emergencia étnica, conquista territorial y conflicto entre comunidades indígenas y negras en Brasil y Colombia. Notas exploratorias. *El Otro Derecho*, 26-27, 99-112.

Arboleda, S. (1972). *La República en la América española*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular.

Arias, J. (2005). *Nación y diferencia en el siglo XIX colombiano*. Bogotá: Uniandes-Ceso.

Ariza, L. J. (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.

Ariza, L. y Zambrano, R. (2013). Cárcel kapurúa: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia. *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, 13(1). ISSN: 0328-5642.

Bhabha, H. (1991). *The Location of Culture*. Londres: Routledge.

- Bengoa, J. (2007). *La emergencia indígena en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Berger, P. y Luckmann, T. (1986). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bocarejo, D. (Julio-diciembre de 2011). Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político. *Revista Colombiana de Antropología*, 47(2), 97-121
- Bonilla, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Bonilla, D. (2013). Self-Government and Cultural Identity. The Colombian Constitutional Court and the Right of Cultural Minorities to Prior Consultation (pp. 243-292). En: B. Daniel (ed.). *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Borah, W. (1996). *El Juzgado General de Indias en la Nueva España*. México: F.C.E.
- Bourdieu, P. (2002). Elementos para una sociología del campo jurídico (pp. 155-220). En: *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Caro, M. A. (1920) (1930). La Conquista (pp. 192- 205) En: V. A. Carlos. (Ed.). *Obra Selecta*. Bogotá: Biblioteca Ayacucho.
- Caro, M. A. (1962). *Obras*. Tomo I. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- Caro, M. A. (1986). *Estudios constitucionales y jurídicos*. Primera serie. Carlos Valderrama. (Comp.). Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- Colón, C. (1985). *Diario de Abordo*. Madrid: Historia 16.
- De Las Casas, Bartolomé (1992). "Brevisima relación de la destrucción de las Indias", pp. 61-151. En B. De Las Casas. *Obra Indigenista*. Madrid: Alianza Editorial.
- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, M. (2003). *La arqueología del saber*. México: Siglo XXI Editores.
- García Villegas, M. y Rodríguez, C. (2003). Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos (pp. 15-66). En M. García Villegas y R. César (eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional.
- García, M. (2010). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Norma.
- Gargarella, R. (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.

- Goffman, E. (2006). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Gross, Ch. (2000). *Políticas de la etnicidad: identidad, Estado y modernidad*. Bogotá: ICANH.
- Hardt, M. y Negri, A. (2000). *Imperio*. Barcelona: Paidós.
- Jaramillo Uribe, J. (2001). *El pensamiento político colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Ceso, Uniandes.
- Khittel, S. (1998). The law concerning the black communities in Colombia: Ethnic rights or anti-discrimination rights? *Law and Anthropology*, 10, 265-282.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Laurent, V. (1997). Población indígena y participación política en Colombia: las elecciones de 1994. *Análisis Político*, 31, 67-87.
- Laurent, V. (2005). *Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998*. Bogotá: ICANH-IEFA.
- McDonald, R. (2011). Custom Made - For a non-chirographic Critical Legal Pluralism. *Canadian Journal of Law and Society*, 26 (2), 301-327.
- Merry, S. (2007). Pluralismo Jurídico (pp. 88-141). En: J. Griffiths John, S. Engle Merry y B. Tamanaha. *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- Mejía, C. (2013). Experimentos contemporáneos de reconocimiento y protección cultural en Colombia. El caso de los cabildos indígenas urbanos en Bogotá. [Proyecto de tesis de Doctorado]. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Sin publicar.
- Miethe, T y Lu, H. (2005). *Punishment. A comparative historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mignolo, W. (2007). *La idea de América Latina*. Barcelona: Gedisa.
- Morales Padrón, F. (1979). *Teoría y leyes de la Conquista*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica.
- Morales Padrón, F. (1990). *Primeras Cartas sobre América (1493-1503)*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Morales, J. (1998). Mestizaje, malicia indígena y viveza en la construcción del carácter nacional. *Revista de Estudios Sociales*, 1, 37-43.
- Mörner, M. (1963). Las comunidades de indígenas y la legislación segregacionista en el Nuevo Reino de Granada. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 1, 63-88.
- Mörner, M. (1999). *La Corona Española y los foráneos en los pueblos de indios de América*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica.

- O'Gorman, E. (2006). *La invención de América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Purvis, T. y Hunt, A. (1999). Identity versus citizenship: Transformations in the discourses and practices of citizenships. *Social & Legal Studies*, 8 (4), 457-482.
- Quijano, A. (1993). Modernidad, identidad y utopía en América Latina. *Cuadernos de Sociología*, 9-23.
- Rappaport, J. (2008). *Utopías interculturales. Intelectuales públicos, experimentos con la cultura y pluralismo étnico en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Restall, M. (2004). *Los siete mitos de la conquista española*. Barcelona: Paidós.
- Reiff, M. (2005). *Punishment, compensation and Law. A Theory of Enforceability*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez, C. (2011). Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18 (1).
- Santos, B. (1987). Law a Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14 (3), 279-302.
- Sepúlveda, J. G. de (1951). *Demócrates Segundo o De las justas causas de la guerra contra los indios*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Serje, M. (2005). *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*. Bogotá: Uniandes-Ceso.
- Simmel, G. (2002). *Cuestiones fundamentales de Sociología*. Barcelona: Gedisa.
- Solórzano Pereira, J. de (2001). *De indiarum iure*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Taylor, Ch. (1994). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: F. C. E.
- Teubner, G. (2002). El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. *Doxa*, 25, 533-571.
- Todorov, T. (1989). *La conquista de América: el problema del Otro*. México: Siglo XXI.
- Tyler, T. (1990). *Why People Obey the Law*. New Haven: Yale University Press.
- Ulloa, A. (2004). *La construcción del nativo ecológico. Complejidades, paradojas y dilemas de la relación entre los movimientos indígenas y el ambientalismo en Colombia*. Bogotá: ICANH.
- Wade, P. (1999). The guardians of power: Biodiversity and multiculturalism in Colombia (pp. 73-87). En A. Cheater. (Ed.). *The Anthropology of Power*. Londres: Routledge.
- Weber, M. (1973). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu.