

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección
Equidad y Justicia

Comité Editorial

Rodolfo Arango
Paola Bergallo
Luisa Cabal
Roberto Gargarella
Ángel Nogueira

Más allá del Derecho
Justicia y género en América Latina

Compiladoras
Luisa Cabal y Cristina Motta

REDALAS



Siglo del Hombre Editores

**CENTER
FOR
REPRODUCTIVE
RIGHTS**



EDICIONES UNIANDES
Facultad de Ciencias Sociales
Departamento de Lenguajes
y Estudios Socioculturales



CESO
Centro de Estudios
Socioculturales e Internacionales

LOS USOS JERÁRQUICOS Y EXCLUYENTES DE LA VIOLENCIA

María Mercedes Gómez

INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo¹ es presentar un marco analítico desde donde se puedan leer los diferentes núcleos de intolerancia que alojan las sociedades contemporáneas y que aparecen por doquier en forma de “crímenes de odio”. El caso que reviso es el de las políticas contra este tipo de crímenes en los Estados Unidos y, de manera particular, en las políticas raciales y en las que tocan a lo que Nancy Fraser denomina las “sexualidades despreciadas”.²

¹ Estoy en deuda, otra de muchas, con Cristina Motta por su trabajo incansable en la edición del libro y en la coordinación de la Red de Académicas Latinoamericanas, *Red Alas*. Agradezco a Paola Bergallo, Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y al Centro de Derechos Reproductivos de la ciudad de Nueva York por organizar el encuentro de profesoras de Derecho y Género en América Latina y reunirnos en Buenos Aires para ponerle caras e ideas al mismo. A la Universidad de Palermo por su hospitalidad durante el encuentro y a todas las colegas que estuvieron presentes y con quienes tengo el honor de compartir este libro. Agradezco también a Isabel Cristina Jaramillo y a Felipe Botero por sus comentarios a la versión preliminar de este artículo.

² En general, Fraser usa esta expresión para referirse a los hombres gay y a las lesbianas, pero podría interpretarse también como una forma de introducir cualquier sexualidad que disienta de la norma heterosexual. NANCY FRASER, “¿De la Redistribución al Reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”, en *Iustitia Interrupta: reflexiones cri-*

Sin embargo, aspiro a que el marco en cuestión pueda iluminar el estudio del problema de las violencias por prejuicio en otras sociedades y, sobre todo, aspiro a que el mismo pueda aportar claridad analítica a los proyectos legales que aborden asuntos de subordinación y supresión de identidades políticas. Un crimen de odio es una conducta violenta motivada por prejuicio, y su producción y reproducción parecen propias de las sociedades humanas a lo largo de la historia. Sin embargo, es durante la segunda mitad del siglo XX cuando este tipo de violencia parece ganar un estatus teórico independiente en el panorama político, jurídico, social y académico de las sociedades post-industriales y multiculturales del hemisferio occidental. Probablemente los horrores de la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento, durante los años sesenta, de movimientos sociales atravesados por demandas emancipatorias frente a prácticas racistas, clasistas, sexistas y homofóbicas han colaborado de forma rotunda a la identificación y el debate sobre las posibles estrategias para prevenir y reducir la incidencia y expansión de este tipo de violencia.

Si bien los “crímenes de odio” han azotado múltiples épocas y sociedades, éstos adquieren connotaciones particulares de acuerdo con el contexto en el que se producen, es decir, su lógica es propia del grupo social y del momento histórico en el que surgen. Es probable que estas variaciones deriven su importancia de la necesaria distinción entre las nociones de “odio” y “prejuicio”. En una definición general, el “odio” es un *sentimiento* de profundo disgusto hacia algo o alguien, y puede estar presente o no en el tipo de conducta de la que hablamos. El odio en tanto sentimiento puede tener un carácter universal. El prejuicio, por el contrario, más que un sentimiento es una opinión sin sustento suficiente en el conocimiento y, por lo general, resulta del miedo o la desconfianza frente a ideas diferentes de las propias.³ El prejuicio constituye un elemento *sine qua non* de aquella violencia que se dirige hacia ciertos individuos o grupos cuando éstos

ticas sobre la posición “postsocialista”, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997 [en adelante “¿De la Redistribución al Reconocimiento?”].

³ Véase, por ejemplo, PAUL PROCTER (ed.), *Longman Dictionary of Contemporary English*, Longman Publishing Group, Londres, 1978; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

pertenece o parecen pertenecer a una o varias colectividades que han sido estigmatizadas en la sociedad y la época en las que la conducta violenta tiene lugar. El prejuicio, entonces, está enraizado en el orden social en el cual se produce y, por lo tanto, es local y situado. Mientras que el odio, en tanto sentimiento, no siempre demanda justificación; el prejuicio es lo que en sentido psicoanalítico se conoce como una “racionalización”, es decir, un procedimiento por el cual el individuo se da y da razones para justificar de manera coherente, lógica, y que parece aceptable frente al grupo social al que pertenece y frente a sí mismo, la reacción, por lo general negativa, que siente hacia algo o alguien.⁴

De manera que el tipo de violencia que nos ocupa consiste en “actuar un prejuicio” y hacerlo con la convicción de que se “tienen razones” que lo justifican. Pero, ¿de dónde proviene la necesidad de justificarse? ¿De dónde la convicción sobre las razones con las que se justifica la conducta violenta? En principio podríamos decir que la necesidad de justificar la animosidad hacia ciertos grupos o individuos que caracteriza al prejuicio proviene del miedo y la desconfianza hacia ciertas ideas, prácticas, actitudes e incluso corporalidades diferentes de las propias. La desconfianza y el recelo aparecen porque las diferencias nos recuerdan la contingencia de nuestros arreglos sociales y demandan que declinemos las jerarquías y privilegios que los acompañan y que con frecuencia consideramos naturales. Pero, en realidad, no es la diferencia como tal, sino el valor que le imponemos y el temor a que éste se desvanezca, lo que genera la ansiedad propia del prejuicio.

Veamos por qué la noción de “diferencia” es fundamental para entender cómo se articulan diferentes prejuicios en diferentes momentos históricos. El Estado moderno enfrenta constantemente el dilema de incluir como ciudadanos a aquellos individuos y grupos que difieren de la norma, es decir, a aquellos que problematizan la fantasía social de homogeneidad de “la comunidad imaginada”⁵ o la nación.⁶ Como nos lo recuerda Achille Mbembe,

⁴ Véase, por ejemplo, JEAN LAPLANCHE y JEAN-BERTRAND PONTALIS, *Diccionario de Psicoanálisis*, Editorial Labor, Barcelona, 1981, p. 349.

⁵ BENEDICT ANDERSON, *Imagined Communities*, Verso, Nueva York, 1983.

⁶ DAVID THEO GOLDBERG, *The Racial State*, Blackwell Publishers Inc., Malden, Mass., 2002, p. 10.

[...] el reconocimiento teórico y práctico de la carne y la sangre del “extranjero” como carne y sangre similares a la mía, la *idea de una naturaleza común, de una humanidad compartida*, ha aparecido y todavía aparece como un problema para la conciencia occidental.⁷

En otras palabras, en los Estados modernos occidentales las diferencias son percibidas como advenedizas frente a la condición de humanidad común y como lo que hace tambalear el ideal social de homogeneidad y cohesión. Pero, al mismo tiempo, hay una demanda constante de inscripción de las diferencias, puesto que sólo a través de ellas se conforman grupos hegemónicos que ostentan el poder para producirlas y reproducirlas.

Numerosos teóricos han argumentado que las “diferencias” son una construcción social y no una característica esencial de individuos o grupos. Comparto con Albert Memmi el argumento según el cual la construcción social de “diferencia” opera “asignando un valor a una diferencia real o imaginada en beneficio del acusado y a expensas de la víctima, con el fin de justificar la agresión o los privilegios del primero”.⁸ Es decir, la valoración por parte del grupo hegemónico de características reales o imaginadas ayuda a crear o a reproducir las fronteras entre un “nosotros” y un “ellos”, entre “yo” y el “otro”. Estos significados sociales son el resultado de gestos y procesos de poder ejercidos, en parte, por aquellos que disfrutaban de privilegios para asignar valores e inscribir fronteras sociales. Las diferencias han sido establecidas históricamente de maneras diversas; por ejemplo, a través de la reificación de características biológicas, como en el caso de la raza y el género, a través de la estigmatización de prácticas y expresiones culturales particulares, como en el caso de la religión, la etnia y la sexualidad, o a través del desarrollo de procesos económicos y diferenciaciones de clase. Desde luego, las diferencias biológicas, culturales y económicas se superponen y configuran mutuamente; sin embargo, *en las sociedades modernas y multiculturales las “diferencias” parecen desvanecerse⁹ y con ellas las certezas sobre las fronteras*

⁷ ACHILLE MBEMBE, *On the Postcolony*, University of California Press, Berkeley, 2001, p. 2 (traducción de la autora).

⁸ ALBERT MEMMI, *Dominated Men*, Beacon Press, Boston, 1971, p. 185.

⁹ Véase, por ejemplo, IRIS M. YOUNG, “The Scaling of Bodies and the Politics of

que permiten adjudicar valores y privilegios. Por eso se percibe como necesaria, por parte de grupos en peligro de perder la hegemonía racial, (hetero)sexual y de clase, entre otras, una re-inscripción del otro/a como diferente, una re-inscripción que va en contravía de las prácticas de participación social y democratización, y de cara a la violencia por prejuicio.

La violencia por prejuicio tiene, entonces, entre sus causas primordiales la necesidad de marcar diferencias entre colectividades hegemónicas y no-hegemónicas con el fin de reproducir arreglos sociales que benefician a las primeras. Por eso, es posible argumentar que el problema de la violencia contra el otro/a y la convicción frente a las razones que la justifican se origina en su pertenencia a una red de sentido que sólo se construye socialmente. Como lo han sugerido varios estudios sociológicos¹⁰ y psicoanalíticos,¹¹ el prejuicio no se produce en solitario, sino que es más bien el resultado de “odiar en la primera persona del plural”.¹² Por ejemplo, la violencia contra las mujeres emerge como problema social en un contexto de misoginia, la violencia contra los hombres gay, las lesbianas y los transgeneristas en un contexto de heterosexualidad obligatoria y de homofobia y la violencia contra una raza en un contexto racista. Si el prejuicio se genera por el miedo a la amenaza real o imaginada de perder ciertos privilegios y se justifica con falsas generalizaciones,¹³ estas generalizaciones se producen y reproducen en un contexto en el que una pluralidad de individuos ofrece legitimidad a los perpetradores de la violencia. Estos últimos buscan

Identity”, en *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, p. 146.

¹⁰ Entre los múltiples textos que han tenido influencias mayúsculas en las explicaciones contemporáneas sobre el prejuicio cabe mencionar el de Jean Paul Sartre y también el de Theodor W. Adorno *et. al.* Véase JEAN PAUL SARTRE, “Portrait of the Anti-Semite”, *Partisan Review*, vol. 8, N° 2, 1946; THEODOR W. ADORNO, ELSE FRANKEL-BRUNSWICK, DANIEL J. LEVINSON y R. NEVITT SANFORD, *The Authoritarian Personality*, Harper, Nueva York, 1950.

¹¹ DONALD MOSS, “Introductory Thoughts: Hating in the First Person Plural: The Example of Homophobia”, en *American Imago*, vol. 49, N° 3, 1992, pp. 277-291 [en adelante “Introductory Thoughts”]. Véase también ELIZABETH YOUNG-BRUEHL, *The Anatomy of Prejudices*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996.

¹² La expresión es de Donald Moss, *ibid.* Véase también DONALD MOSS (comp.), *Hating in the First Person Plural: Psychoanalytic Essays on Racism, Homophobia, Misogyny and Terror*, Other Press, Nueva York, 2003.

¹³ YOUNG-BRUEHL, *supra* nota 11, p. 143.

refugio en formaciones sociales que representen algún tipo de ley y orden y sean capaces de restituirles la certeza y seguridad que la incertidumbre sobre las diferencias les arrebató.¹⁴ Sorprende ver cómo los actores de la violencia por prejuicio, por lo general no consideran que estén haciendo algo reprochable. Por ejemplo, algunos grupos de supremacía blanca en los Estados Unidos afirman que su conducta violenta sólo “está preservando la forma de vida americana... como un derecho a usar la fuerza en defensa propia y para prevenir los ataques de aquellos que abiertamente amenazan [su] libertad”;¹⁵ en Colombia, los grupos de “limpieza social” justifican con frecuencia sus ataques contra niños de la calle, pordioseros, prostitutas, homosexuales, travestís y drogadictos como “actos de protección de la sociedad”.¹⁶ En ese sentido, argumento que aunque muchos agentes de violencia por prejuicio son no-estatales, éstos se ven a sí mismos como personificando al Estado, es decir, siguen, de cierto modo, la lógica del paramilitarismo al asumir una tarea que, a su manera de ver, el Estado ha fallado en realizar. Mucho se ha discutido, especialmente en los Estados Unidos, sobre las diferencias entre los discursos de odio —que en general están protegidos en ese país por el derecho a la libre expresión— y los crímenes de odio o conductas violentas motivadas por

¹⁴ Véase, por ejemplo, Moss, “Introductory Thoughts”, *supra* nota 11, p. 282.

¹⁵ Así lo afirman Tom Metzger y su hijo John, quienes lideran un grupo de supremacía blanca (White Aryan Resistance, WAR) en Estados Unidos. Tom presenta un programa de TV cable, tiene un periódico y una línea de emergencia en Washington D.C. Entre otras cosas, ejerció en los años setenta como Gran Dragón de los Caballeros del Ku Klux Klan por California, en 1980 ganó la nominación demócrata por California a la Cámara de Representantes y perdió posteriormente cuando se postuló para el Senado. Fue encontrado responsable —intelectual— del asesinato, a manos de tres cabezas rapadas locales, del inmigrante etiope Mulugeta Seraw en Portland, Oregon, y tuvo que pagar millones de dólares en reparaciones civiles. Citado por JACK LEVIN y JACK McDEVITT, *Hate Crimes (Revisited): American War on Those Who Are Different*, Westview, Boulder, 2002, p. 101 (traducción de la autora). Véase también CLAIRE KREGER (ed.), *White Supremacy Groups*, Greenhaven Press, Farmington Hills, 2003.

¹⁶ THE INTERNATIONAL GAY AND LESBIAN ASSOCIATION, “*Cleaning up the streets*”: *Human Rights Violations in Colombia & Honduras*, 1996 (traducción de la autora). Véase también JUAN PABLO ORDÓÑEZ, *Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia*, Comité de Derechos Humanos de Colombia, la Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas y Proyecto Dignidad por los Derechos Humanos en Colombia, 1995.

prejuicio contra ciertas clases protegidas y que son castigados por la ley casi siempre con el aumento de las penas. Esta separación, sin embargo, tiende a desconocer que las múltiples formas en que los discursos del odio se despliegan en todos los registros de lo social, desde su repetición en espacios familiares hasta su encarnación en políticas estatales, pueden generar contextos de legitimación de la violencia por prejuicio. Por eso, aunque decir los prejuicios no es lo mismo que actuarlos, decirlos puede generar el contexto que legitima la acción violenta.¹⁷

Ahora bien, en la medida en que los prejuicios son situados y construidos socialmente, se producen de manera diferente y generan distintos tipos de violencia. El marco analítico que propongo a continuación tiene como fin mostrar la importancia de identificar esos distintos tipos y maneras que tienen los prejuicios de ser actuados. Es importante tener en cuenta estas diferencias porque sólo a través de su distinción, aunque ésta sea meramente analítica, podemos identificar los modos como se da y se mantiene la intolerancia en cada sociedad particular. Como lo he anunciado, el caso que exploro en este texto es el de la violencia por prejuicio en los Estados Unidos. Después de presentar el marco analítico haré algunos comentarios a propósito de su utilidad para revisar el paralelo que se establece entre las leyes contra la discriminación y los estatutos contra los crímenes de odio en ese país, paralelo que ha otorgado constitucionalidad a estos últimos.

UN MODELO DE LECTURA

Propongo una distinción analítica entre las nociones de ‘discriminación’ y ‘exclusión’, que parecen estar estrechamente mezcladas en la literatura legal y académica sobre discriminación y crímenes de odio en Estados Unidos.¹⁸ ‘Discriminar’

¹⁷ Para una discusión sobre las diferencias entre discurso y conducta violenta en relación con el debate sobre la prohibición legal contra la pornografía véase MARÍA MERCEDES GÓMEZ, “Introducción”, en *Derecho y pornografía*, CATHARINE A. MACKINNON y RICHARD POSNER, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

¹⁸ No he encontrado, en la literatura sobre crímenes de odio o en la literatura sobre medidas contra la discriminación, una distinción explícita sobre el uso de las nociones de ‘discriminación’ y de ‘exclusión’. Sin embargo, esta

significa, en una primera acepción, “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”; pero también “dar trato de *inferioridad*¹⁹ a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos etc”.²⁰ ‘Excluir’, en cambio, significa “descartar, rechazar o negar la posibilidad de alguna cosa” o “ser *incompatibles* dos cosas”.²¹ De la definición de ‘exclusión’ quiero enfatizar la *incompatibilidad* entre elementos, mientras que de la noción de ‘discriminación’ quiero señalar, en primera instancia, el aspecto *jerárquico* o de *inferiorización* entre los elementos. A primera vista esta distinción sugiere que las prácticas que llamo ‘excluyentes’ serían aquellas que operan para *eliminar* ‘objetos materiales o inmateriales’ de un determinado orden. Estas prácticas no aspirarían, primordialmente, a inscribir el “objeto de la práctica” como *inferior* dentro de un orden jerárquico, sino a *suprimirlo* del orden como tal. Las prácticas que llamo ‘discriminatorias’, por el contrario, estarían orientadas, primordialmente, a *jerarquizar* como *inferior* una cosa o persona en un determinado orden.²² Así, mientras estas últimas se despliegan en

distinción, como veremos, empieza por diferencias en el significado de las palabras y se extiende a consecuencias políticas. El sociólogo jurídico Boaventura de Sousa Santos hace una distinción similar en su texto “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural”, en *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003. De Sousa Santos diferencia entre desigualdad y exclusión y argumenta que ambas constituyen sistemas de pertenencia jerarquizados. Aduce que en la primera la pertenencia está basada en la integración subordinada, y en la segunda, en la forma como se es excluido. En ambas descripciones coincido aunque uso el término “discriminación” en lugar de “desigualdad”. Mi argumento se desarrolla en otra dirección al enfatizar las consecuencias de esta distinción analítica en los usos de la violencia. Sin embargo, comparto con De Sousa Santos el carácter analítico e ideal de la distinción, así como el aspecto gradual y traslapado de ambas prácticas. Agradezco a Cristina Motta por esta referencia. Mi formulación de la distinción analítica entre “discriminar” y “excluir” está en deuda, sobre todo, con la obra de Ernesto Laclau y, en particular, con sus argumentos sobre la exclusión funcional y la exclusión radical. Véase ERNESTO LACLAU, *Emancipations*, Verso, Nueva York, 1996. En relación con la formulación de los tipos paradigmáticos de colectividades y de los usos de la violencia mi deuda es con el trabajo de Nancy Fraser, en particular con sus reflexiones sobre la redistribución y el reconocimiento. Véase *supra* nota 2 e *infra* notas 62 y 94.

¹⁹ Cursivas agregadas.

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, tomo I, p. 760.

²¹ *Ibid.*, p. 930.

²² No olvidemos, que ‘discriminar’ también significa ‘separar, diferenciar una

las tensiones por el reconocimiento de una serie de derechos que deben distribuirse y garantizarse para todos, es decir, que son valorados positivamente por todos, las prácticas excluyentes suceden en el enfrentamiento entre visiones del mundo percibidas como incompatibles entre sí.

En ciertos momentos de la historia de los E.E. U.U., la raza y el género han sido colectividades paradigmáticas de la lógica de la discriminación, ya sea en la forma de negación de una humanidad compartida (*Dred Scott v. Sandford*)²³ o en la forma de la subordinación o inferiorización al interior de la comunidad (*Plessy v. Ferguson*)²⁴ —la doctrina legal de “separados pero iguales”. La lógica de la discriminación se articula en un uso específico de la violencia, que llamo *jerárquico* y que apunta, a través del gesto violento, a forzar o advertir al otro u otra sobre la “conveniencia” o “necesidad” de permanecer en “su lugar” de subordinación dentro de los arreglos establecidos en la jerarquía social.²⁵ Este uso jerárquico de la violencia se puede ilustrar con las prácticas de segregación y los linchamientos que caracterizaron las relaciones raciales durante el periodo conocido como *Jim Crow*. Las prácticas de linchamiento, por ejemplo, no estaban destinadas a eliminar al grupo de los afro-americanos sino a mandar un mensaje de terror que lo hiciera permanecer “dominado”, pero instrumental para el orden de supremacía blanca. La violencia contra las mujeres puede ser descrita de igual manera dentro de la lógica de la discriminación. Un caso

cosa de otra” y, en ese sentido, hay ciertas prácticas de selección que se consideran discriminatorias. Ésa es la definición que privilegia la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Wisconsin v. Mitchell*, 1993, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 508, p. 476, uno de los dos casos que han tratado la constitucionalidad de los estatutos contra los crímenes de odio. El otro es *R.A.V. v. St. Paul*, 1992, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 505, p. 377.

²³ Caso *Dred Scott v. Sandford*, 1857, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 60, p. 393.

²⁴ Caso *Plessy v. Ferguson*, 1896, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 163, p. 537.

²⁵ Véase, por ejemplo, PAULA ROTHENBERG, “The Construction, Deconstruction, and Reconstruction of Difference”, en *Bigotry, Prejudice and Hatred. Definitions, Causes and Solutions*, ROBERT M. BAIRD y STUART E. ROSENBAUM (eds.), Prometheus Books, Buffalo, 1992; FRANTZ FANON, *Black Skin, White Masks*, Grove Press Inc., Nueva York, 1967; LAWRENCE BLUM, “I’m Not a Racist, But...” *The Moral Quandary of Race*, Cornell University Press, Ithaca, 2002; OLIVER CROMWELL COX, *Caste, Class and Race*, Monthly Review of Press, Nueva York, 1970. Agradezco a Nancy Fraser por esta última referencia.

paradigmático ha sido el de la violencia doméstica y su carácter resistente a la intervención del Estado o a reformular las líneas que dividen lo privado de lo público.²⁶

Por el contrario, las sexualidades despreciadas son paradigmáticas de la lógica de la exclusión. Esta lógica se articula a través de lo que he dado en llamar un uso *excluyente* de la violencia que apunta a aniquilar al otro u otra antes que a mantenerlo como inferior o subordinado. El uso excluyente de la violencia se puede ilustrar con algunas de las prácticas médicas, legales y políticas que han caracterizado el trato de las sexualidades despreciadas en EE.UU. desde los años cincuenta.²⁷ Por ejemplo, el uso de fármacos y de la lobotomía, cuando se consideraba la homosexualidad como una enfermedad mental, eran prácticas de exclusión, destinadas a “aniquilar” una conducta antes que a mantener a quien la ejercía como subordinado. En otros ejemplos, es posible mostrar cómo, para algunos discursos religiosos y de extrema derecha, las sexualidades disidentes encarnan el mal, la perversión y el peligro para “las buenas costumbres y la moral”; por eso se trata de suprimirlas, no de mantenerlas subordinadas.

Los discursos concernientes a ambas lógicas operan de manera performativa, es decir, engendran oposiciones binarias entre la norma y el otro/a que amenaza la norma. Al producir la oposición, estas lógicas (discursos) dan lugar a los contextos que otorgan legitimidad al uso legal e ilegal de la violencia, tanto jerárquica como excluyente. La producción

²⁶ Nancy Fraser y Seyla Benhabib coinciden, a pesar de sus diferencias, en afirmar que el problema de la esfera pública y la justicia tiene que ver con quién tiene el poder para trazar esta línea divisoria entre lo privado y lo público. Véase SEYLA BENHABIB, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jurgen Habermas” y NANCY FRASER, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en *Habermas and the Public Sphere*, CRAIG CALHOUN (ed.), MIT Press, Cambridge, Mass., 1992.

²⁷ Véase, por ejemplo, WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *GayLaw: Challenging the Apartheid of the Closet*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, pp. 82, 294-295; GARY DAVID COMSTOCK, *Violence Against Lesbians and Gay Men*, Columbia University Press, Nueva York, 1991, p. 8. Véase también JONATHAN KATZ (ed.), *Gay American History: Lesbians and Gay Men in the U.S.A.: A Documentary History*, Harper & Row, Nueva York, 1983, y JOHN D'EMILIO, *Sexual Politics, Sexual Communities: The Making of a Homosexual Minority in the United States, 1940-1970*, University of Chicago Press, Chicago, 1983.

del otro/a como amenaza tiene un rol fundamental en generar lo que David Goldberg llama la “igualdad homogeneizada”,²⁸ es decir, el “nosotros” se convierte en norma al “crear” el opuesto, el “ellos”; es decir, lo “no-blanco”, “no-masculino”, “no-heterosexual” se produce para afirmar “lo blanco”, “lo masculino” y “lo heterosexual”.²⁹ Sin embargo, esta homogeneidad socialmente construida es fuente de ansiedad debido a que las fronteras entre el “nosotros” y el “ellos” son porosas y dejan entrever “el horror de lo indeterminado”, de lo que no encaja en la oposición binaria sobre la que se construye el orden jerárquico del mundo social.³⁰ La porosidad de las fronteras evidencia la necesidad de marcar las diferencias. En algunos registros éstas son más flexibles y en otras más rígidas. Por ejemplo, como lo han afirmado académicos como Iris Young y Kenji Yoshino, entre otros, desde perspectivas legales y culturales, las características adjudicadas a la raza y al género aparecen como visibles e inmutables. En ese sentido, la producción cultural de subjetividades racializadas y de género hace posible que un hombre blanco *sepa* que no es ni está en peligro de ser una mujer negra.³¹ Por el contrario, la orientación sexual ha sido legal y culturalmente percibida como invisible y mutable.³² Los límites entre la heterosexualidad y la no-heterosexualidad son percibidos o experimentados por los individuos como más flexibles que los de raza y género y, por lo tanto, la necesidad de marcar las diferencias es más urgente.

El uso de la noción de *visibilidad* como un concepto analítico me ayuda a explicar el problema de la ansiedad frente a los límites o fronteras como una *demanda de exteriorización*

²⁸ Véase, por ejemplo, GOLDBERG, *supra* nota 6, p. 31.

²⁹ Véase, por ejemplo, KENDALL THOMAS, “Corpus Juris (Hetero) Sexualis: Doctrine, Discourse and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, en *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 1, N° 1, 1993, p. 47 [en adelante “Corpus Juris (Hetero) Sexualis”]; KENDALL THOMAS, “Beyond the Private Principle,” *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. 1431-1516.

³⁰ Jacques Derrida y su propuesta deconstructiva parte de una crítica radical a la lógica de la oposición binaria para mostrar la ansiedad ante el “horror de lo indeterminado”, es decir, de lo *indecible*, lo que no encaja en el binario. Véase JACQUES DERRIDA, *De la Gramatología*, Siglo XXI, México, 1986.

³¹ YOUNG, *supra* nota 9, p. 146.

³² KENJI YOSHINO, “Covering”, *Yale Law Journal*, vol. 111, N° 4, 2002, pp. 771-993. Véase también ANDREW KOPPELMAN, *Antidiscrimination Law and Social Equality*, Yale University Press, New Haven, 1996, pp. 57-76.

violenta de la diferencia y como ejemplo del *papel que los usos de la violencia juegan en la producción del otro/a como amenaza*. El problema en sociedades diferenciadas y multi-culturales, como lo afirma Young, es que el otro/a ya no es tan diferente de mí; en consecuencia, individuos y grupos históricamente privilegiados han perdido claridad acerca de las maneras de marcar la diferencia, sobre todo porque creen que si no la hacen evidente de alguna forma, corren el riesgo de perder “los privilegios” que acompañan su identidad.

En el uso jerárquico de la violencia, la alteridad es visible y *a priori* del gesto violento (género, raza). El gesto sólo advierte para que el otro/a no se atreva a subvertir una jerarquía social establecida de antemano. En el uso excluyente de la violencia, y particularmente en el caso de la violencia por prejuicio sexual, por el contrario, la producción de la alteridad se da sobre todo *a posteriori*, es decir como resultado del gesto violento. Al ejecutar el acto violento con el objetivo de eliminar el peligro que representa la pertenencia “real o percibida” de la víctima a un determinado grupo, el perpetrador *fija* simultáneamente su identidad (como heterosexual) y la de su víctima (como no-heterosexual).

Ahora bien, de cierta manera el uso *excluyente* de la violencia resulta en una paradoja: a través del acto violento, el perpetrador no sólo afirma su identidad sino también la identidad que trataba de suprimir. Al confirmar su propia identidad como diferente de la de la víctima, el perpetrador está, asimismo, reinscribiendo la del otro/a, es decir, otorgándole significación. Tratando de liquidarla la constituye. Ésa es la paradoja del uso *excluyente* de la violencia, la cual se refuerza en las múltiples interpelaciones con las que la ley y las prácticas culturales institucionalizan el prejuicio sexual. Ambos tipos de violencia son *ejemplarizantes y siguen la lógica del terror*, pero con usos diferentes; una pretende subordinar la diferencia, la otra aniquilarla.

Siguiendo el argumento de la porosidad de los límites o las fronteras, afirmo que la homofobia, diferente del racismo y del sexismo, es “paradigmática de la ansiedad por los límites”³³ y del uso excluyente de la violencia, y que la sociedad estadounidense contemporánea ha sido configurada bajo los

³³ Véase, por ejemplo, YOUNG, *supra* nota 9, p. 146.

imperativos de lo que Adrienne Rich llama la “heterosexualidad obligatoria”.³⁴ La homofobia es la manifestación de un tipo de odio que proviene del miedo a perder las “credenciales masculinas”³⁵ apropiadas en un mundo que desprecia y desempodera individuos y conductas percibidas como transgresoras de las normas (hetero)sexuales y de conformidad de género.³⁶

Sin embargo, empírica e históricamente la distinción analítica entre la discriminación y la exclusión no es radical sino que ha sido dada como un continuo. Desde el comienzo de los años ochenta, los debates feministas, poscoloniales y de teoría *queer*³⁷ han luchado por ganar reconocimiento gracias al hecho de que los individuos son miembros de una multiplicidad de categorías (raza, clase, género, identidad de género, orientación sexual, entre otros) que constantemente se interceptan y, en consecuencia, se mueven —o sufren simultáneamente— subordinación y exclusión. Ignorar la interseccionalidad de las categorías es reproducir la subordinación y exclusión de los marginados entre los marginados, es decir, de aquellos que se inscriben en dos o más formas de subordinación y/o exclusión.³⁸ Asimismo, el tránsito a lo

³⁴ ADRIENNE RICH, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, en *The Lesbian and Gay Studies Reader*, HENRY ABELove, MICHELE AINA BARALE y DAVID M. HALPERIN (eds.), Routledge, Nueva York, 1993. Véase también THOMAS, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis”, *supra* nota 29; THOMAS, “Beyond the Private Principle”, *supra* nota 29.

³⁵ GAIL MASON, “Not Our Kind of Hate Crime”, *Law and Critique*, vol. 12, N° 3, 2001, pp. 253-278.

³⁶ Aclaro que esta parte del modelo se refiere sobre todo a la homofobia contra los hombres homosexuales. Mi argumento general revisa la doble invisibilidad de las lesbianas: en el orden *epistemológico*, es decir, aquél que permitiría distinguir entre la violencia contra las mujeres y contra las lesbianas; y en el registro que llamo *normativo*, es decir, el que preguntaría por la instrumentalidad del deseo lésbico en un orden de heterosexualidad obligatoria.

³⁷ El término *queer* tiene traducción directa al español excepto como “raro, extraño, excéntrico” y en su acepción inglesa fue usado comúnmente para referirse peyorativamente a sexualidades que desafiaban la norma. En la actualidad es usado como un término capaz de referirse a la inestabilidad de la sexualidad, a su condición no-natural y a la plasticidad del deseo. La teoría *queer* se opone a los binarios jerárquicos, no sólo en el registro sexual sino racial, de género y, en general, cuestiona desde lo marginal y lo diverso los saberes y prácticas institucionales y naturalizadas. Véase “Raras rarezas”, *Debate Feminista*, año 8, vol. 16, 1997; ANNAMARIE JAGOSE, *Queer Theory: An Introduction*, NY University Press, Nueva York, 1996.

³⁸ Véase, por ejemplo, KIMBERLE CRENSHAW, “Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, pp. 103-122,

largo de los polos opera bajo los imperativos de la *instrumentalidad*. Un acto o práctica es instrumental si sirve para reproducir o proteger un conjunto determinado de relaciones de poder. Y viceversa, la ausencia de instrumentalidad de un acto o práctica para los fines de ciertas relaciones de poder moviliza la necesidad de suprimirlas. Argumento que la producción del otro como amenaza es instrumental para el sistema de privilegios raciales y heterosexuales (entre otros) en los EE.UU. La esclavitud fue instrumental para la supremacía blanca, así como la segregación y los linchamientos; la subordinación de las mujeres ha sido instrumental para lo que Gayle Rubin llama un sistema de sexo-género³⁹ y la homosexualidad —especialmente masculina— ha sido instrumental para constituirse en el otro de un sistema injustificado de heterosexualidad obligatoria que requiere, para fortalecer la falta de fundamento de sus leyes, acudir a un uso excluyente y paradójico de la violencia.⁴⁰

En esta dinámica de subordinación y supresión, aquellos que son marcados como inferiores son de cierta utilidad para las ideologías de un determinado momento histórico y un determinado orden social. Pero, ¿qué pasa cuando esta “utilidad” expira, pierde claridad o se vuelve abiertamente transgresora? Parecería que cuando esto sucede, el uso más radicalmente excluyente de la violencia emerge porque hay un *exceso* —un residuo diferencial que no puede ser asimilado o dominado por la norma y tiene entonces que ser elimina-

y “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, pp. 357-383, en *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, KIMBERLE CRENSHAW, NEIL GOTANDA, GARY PELLER y KENDALL THOMAS (eds.), The New Press, Nueva York, 1995.

³⁹ Véase, por ejemplo, GAYLE RUBIN, “The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex”, en *Towards an Anthropology of Women*, RAYNA REITER (ed.), Monthly Review Press, Nueva York, 1975. Traducción al español: “El tráfico de mujeres: notas sobre la ‘economía política’ del sexo”, en *El Género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, MARTA LAMAS (comp.), Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG), México, 1996. Por sistema de sexo-género Rubin entiende “el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas” (p. 37 de la versión en español).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, JACQUES DERRIDA, “The Force of Law”, en *Deconstruction and the Possibility of Justice*, DRUCILLA CORNELL, MICHEL ROSENFELD y DAVID GRAY CARLSON (eds.), Routledge, Nueva York, 1992. Existe traducción al español: *Fuerza de la Ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, Editorial Técnos S.A., Madrid, 1997.

do, objetivamente *excluido*. Los ghettos raciales en grandes urbes como Nueva York y Los Ángeles son un ejemplo de esta transición histórica entre la discriminación y la exclusión. Los afro-americanos en estos espacios ya no son considerados “inferiores” sino “sobrantes”, un exceso que la sociedad es incapaz de o no está interesada en recibir.⁴¹

De forma parecida, las sexualidades despreciadas han experimentado ciertas transiciones desde la exclusión a la discriminación. No es éste el lugar para extenderme en consideraciones más precisas, pero cabe mencionar el papel “instrumental” del homosexual masculino y de la representación de prácticas sexuales entre mujeres en la economía del deseo masculino heterosexual. En el caso del homosexual masculino, éste suele ocupar el lugar del chivo expiatorio que “paga” por actuar el deseo prohibido y se hace necesario en tanto otro, es decir, como fuente de cierto placer erótico colateral que permite un ejercicio del poder en la violencia jerarquizante: el perpetrador necesita mantener a ese otro como inferior para disfrutarlo (en privado) y gozar (en público) de la violencia que ejerce sobre él.⁴² Asimismo, el homosexual masculino cumple el papel de referente en la construcción binaria de la identidad (hetero)sexual. Las credenciales de masculinidad aparecen dadas en, al menos, tres órdenes de construcción diferenciada de la identidad: no ser mujer, no ser niño y, sobre todo, no ser homosexual.⁴³ Si la oposición sexual binaria está regida por lo masculino como la norma y lo femenino como lo que se deriva de la norma, la heterosexualidad está dada asimismo por una oposición binaria masculino (norma)-femenino (sujeto a la norma), en un polo, y lo homosexual masculino (diferencia con la norma), en el *otro* polo de la oposición. Es la homosexualidad masculina, inscrita

⁴¹ ROBERT JOHNSON y PAUL S. LEIGHTON, “American Genocide: The Destruction of the Black Underclass”, en *Collective Violence*, JAMES F. SHORT, JR. y MARVIN E. WOLFGANG (eds.), Aldine-Atherton, Chicago y Nueva York, 1999. Véase también SLAVOJ ŽIZEK, “Superego by Default”, en *The Metastasis of Enjoyment: Six Essays on Women and Causality*, Verso, Nueva York, 1994. Para la noción de “exceso” en los ordenamientos sociales véase LACLAU, *supra* nota 18 y también PETER STALLYBRASS, “Marx and Heterogeneity: Thinking the Lumpenproletariat”, *Representations*, vol. 31, 1990. Agradezco a Ernesto Laclau por esta última referencia.

⁴² Véase, por ejemplo, YOUNG-BRUEHL, *supra* nota 11, pp. 157-158.

⁴³ Véase, por ejemplo, ELIZABETH BADINTER, “La diferenciación masculina”, en *XY, La identidad masculina*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, pp. 83-117.

en un orden de supremacía heterosexual obligatoria, lo que primero aparece como desestabilizador para la jerarquía instaurada por la norma, es decir, para la diferenciación entre lo masculino y lo femenino; diferenciación que permite a lo masculino gozar los privilegios de su supremacía. Así pues, en un orden del mundo social fundado en y sostenido por oposiciones binarias, mantener al homosexual masculino discriminado pero vivo parece ser instrumental para la producción y reproducción de la heterosexualidad obligatoria.⁴⁴

En el segundo caso, esto es, el de las prácticas sexuales entre mujeres, es posible decir que por cuanto éstas son objeto de la fantasía —masculina y femenina— heterosexual, su aceptación y “uso” estarían indicando que no hay propiamente exclusión, al menos en el orden de lo imaginario. Sin embargo, la sexualidad lésbica como tal, la que no es permeada ni permeable a la participación heterosexual, carece —al menos políticamente y para esta lógica— de articulación; es un sin sentido.⁴⁵

Estos *loci* de la sexualidad hacen posible afirmar que hay caminos recorridos por las sexualidades despreciadas, desde la mera exclusión hasta la discriminación; es decir, de ser blanco de aniquilación se han configurado como sujetos (necesarios) pero considerados inferiores.⁴⁶ La transición de prác-

⁴⁴ Se podría pensar que hasta los años sesenta, cuando sucede lo que se ha dado en llamar la revolución sexual en Estados Unidos, las mujeres ocupaban con claridad el espacio del otro como referente opuesto e inferior de la masculinidad; entonces los homosexuales eran claramente objeto de exterminio. Con las ganancias de los movimientos feministas, el referente de la masculinidad sufrió desplazamientos, las mujeres, aunque permanentes referentes para la identidad masculina, lograrían reducir la brecha de las diferencias y esto podría haber ocasionado que los homosexuales masculinos ocuparan el antiguo lugar de las mujeres como referentes de identidad, haciéndose así instrumentales para el orden masculino heterosexual y, por lo tanto, resistiéndose a ser únicamente, o sobre todo, objeto de prácticas excluyentes.

⁴⁵ Un sin sentido al modo de ver de Monique Wittig cuando afirma que en la lógica de la heterosexualidad obligatoria “uno es heterosexual o no es” puesto que la coherencia del sujeto en tal sociedad depende del orden constituido a través “de las obligaciones impuestas por el intercambio heterosexual y las instituciones que de él se derivan”. MONIQUE WITTIG, *The Straight Mind and Other Essays*, Beacon Press, Boston, 1992, p. 28.

⁴⁶ Las estrategias más obvias para la asimilación son las del mercado y refieren a la construcción de modelos culturales a través de los medios de comunicación y la propaganda. Producciones de televisión del tipo *Queer Eye for the Straight Guy* o *Will and Grace* introducen espacios que propenden

ticas meramente excluyentes a prácticas discriminatorias encuentra otro ejemplo notable en el caso del debate sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo en los Estados Unidos. En julio de 2004 fracasó en el Congreso una iniciativa —*Federal Marriage Amendment (FMA)*— para reformar la Constitución y consignar en ella que el matrimonio es un lazo exclusivo entre un hombre y una mujer. Entre los argumentos con los cuales los grupos de derecha promocionaban la enmienda constitucional se destacan aquellos que ven en los matrimonios entre parejas del mismo sexo una forma de perversión, un camino hacia la poligamia, la estocada final de la protección del Estado a la familia y al matrimonio heterosexual, una sobrecarga del sistema de seguridad social con la inclusión de millones de nuevos dependientes, el fin de la propagación del evangelio cristiano y de la formación de familias con temor de Dios.⁴⁷ Cabe decir que estos discursos son, por un lado, una forma de crear un contexto de legitimación de la violencia excluyente al reproducir el estigma de las sexualidades disidentes como perversas, pero, por otro, la negación del derecho al matrimonio es discriminatoria puesto que marca claramente a algunos individuos como ciudadanos de segunda clase.

por la asimilación de las masculinidades no-heterosexuales pero de forma inversa: haciendo de los hombres no-heterosexuales la norma del “buen gusto” para que el individuo masculino heterosexual se vuelva un buen consumidor. La lógica del mercado lo domestica todo, aunque es curioso el fracaso de casi todos los programas de comedia de situación que incluyen lesbianas, aun si éstos son claramente compatibles con el *statu quo* (hay una nueva serie que se transmite con algún éxito en canales privados desde el 2004, *The L Word*). El más estruendoso de los fracasos de comedias de situación con personajes de lesbianas fue *Ellen* (protagonizado por Ellen de Generes) cuya duración después de su “salida del closet” no superó unos cuantos episodios y fue cancelado por la cadena ABC. Es curioso, sin embargo, el éxito abrumador logrado por Ellen de Generes en los últimos dos años como anfitriona de su propio *talk show*—sin referencia necesaria o permanente a su orientación sexual. Con esto contrasta la vasta demanda que tiene la industria pornográfica de películas que se acoplen a las fantasías (de participación) de lo que muchos individuos heterosexuales imaginan son las prácticas sexuales entre mujeres. Un ejercicio interesante es buscar en el Internet temas sobre lesbianas y darse cuenta de que una cantidad abrumadora de las páginas que aparecen son lugares cibernéticos de pornografía. No necesariamente sucede lo mismo, o no en las mismas proporciones, si uno busca información sobre homosexualidad masculina.

⁴⁷ Véase <www.nogaymarriage.com>. Contrasta con esta derrota, el voto de 11 Estados en contra del matrimonio de parejas del mismo sexo en las elecciones presidenciales del 2004.

Podría decirse que la transición de cualquier colectividad afectada por prácticas discriminatorias hacia un momento excluyente depende de una reducción del valor instrumental que un orden normativo específico le asigna a tal colectividad. Y a la inversa, la transición de una colectividad afectada por prácticas excluyentes hacia un momento discriminatorio depende del valor instrumental que un orden normativo específico le asigne a tal colectividad. En general, los individuos encarnan más de una identidad y en consecuencia experimentan prácticas discriminatorias y excluyentes.⁴⁸

Es problemático, sin embargo, que la discriminación pueda aparecer en mi argumento como una forma menos dura o menos cruel de la injusticia social. Si es así, tal percepción probablemente se debe, en parte, a que las prácticas discriminatorias han encontrado una mediación importante en E.E. U.U. en lo que Kenji Yoshino nombra como el “prejuicio asimilacionista” encarnado en las leyes contra la discriminación. La asimilación es el *comodín* de la lógica contra la discriminación, puesto que opera en el sistema legal y en la cultura del país como un significante flotante, capaz de “curar muchos males sociales”.⁴⁹ Las prácticas legales han establecido una tensión entre la asimilación y la discriminación. Es decir, por un lado, el Estado ha tratado de asegurar la protección igualitaria ante la ley, reificando las características físicas de aquellos que históricamente no han podido asimilarse completamente —como las minorías raciales y las mujeres. Por otro lado, la ley y la cultura asocian otros grupos, tales como las minorías sexuales, con características que consideran modificables y, por tanto, estas últimas aparecen como aptas para alcanzar la completa asimilación.⁵⁰ Yoshino argumenta que la asimilación puede ser tanto un efecto como una forma de evitar la discriminación; y puede estar en lo correcto; sin embargo, es también posible argumentar que tanto el éxito en la asimilación como su fracaso tienden a resultar en la exclusión violenta. Si los esfuerzos asimilatorios fallan, la falla se percibe como una trasgresión

⁴⁸ Para una ilustración del asunto de la interseccionalidad de las categorías en relación con la violencia por prejuicio véase MARÍA MERCEDES GÓMEZ, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *Debate Feminista*, año 15, vol. 29, 2004.

⁴⁹ YOSHINO, *supra* nota 32, p. 771.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, *ibid.*

de la norma por el individuo o el grupo, una falla que lo hace blanco de la violencia. Si la asimilación es exitosa, el éxito exige el gesto violento para reinscribir la diferencia.

De cualquier manera, en los E.E. U.U. la violencia por prejuicio se ha entendido como una forma de violencia discriminatoria⁵¹ y las leyes que pretenden combatirla se han entendido como una versión paralela a las leyes contra la discriminación.⁵² Veamos algunos problemas que acompañan tal analogía.

EL PARALELO ENTRE LEYES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y ESTATUTOS⁵³ CONTRA LOS CRÍMENES DE ODO

A continuación voy a comentar, a la luz del paralelo entre las leyes contra la discriminación y los estatutos contra los crímenes de odio, cómo se tejen las redes que invisibilizan a ciertos grupos y favorecen su exclusión. Baste por ahora anunciar que los estatutos contra los crímenes de odio han recibido su bautizo constitucional en la decisión de la Corte Suprema en *Wisconsin v. Mitchell*. Allí la Corte declara expresamente que el *motivo* juega el mismo papel en estos estatutos y en las leyes federales y estatales contra la discriminación y, por lo tanto, los estatutos son tan refractarios a los desafíos de constitucionalidad como lo han sido en el pasado las mencionadas leyes.⁵⁴

⁵¹ VALERIE JENNESS, "The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assessment", *Law and Critique*, vol. 12, N° 3, 2001, pp. 279-308 [en adelante "The Hate Crime Canon and Beyond"]; VALERIE JENNESS y RYKEN GRATTET, *Making Hate a Crime: From Social Movement to Law Enforcement*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 2001.

⁵² Este modo de proceder es lo que se conoce como "razonar por analogía", es decir, inferir desde casos anteriores que ya han sido apropiadamente solucionados y, como lo afirma Andrew Koppelman, "es la herramienta intelectual estándar de los abogados". Véase KOPPELMAN, *supra* nota 32, p. 3. Véase también CASS R. SUNSTEIN, "On Analogical Reasoning", *Harvard Law Review*, vol. 106, N° 3, 1993, p. 741.

⁵³ Conservo la palabra "estatuto", y no la traduzco por ley, para señalar la diferencia que existe en el Derecho norteamericano entre *law* como conjunto normativo o norma creada por el *Common Law* (precedente judicial) y "estatutos", que son normas creadas por los órganos legislativos bajo los procedimientos constitucionales, que prescriben conductas, definen delitos, crean instituciones, definen la apropiación presupuestal y, en general, promueven el interés general. Véase STEVEN H. GIFIS, *Law Dictionary*, Third Edition, Barron's Educational Series, 1991.

⁵⁴ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22.

Ahora bien, intento en esta parte dar algunas pautas para identificar los impasses teóricos que generan exclusiones dentro y fuera de las políticas identitarias que subyacen a las leyes contra la discriminación, y sugerir que estas exclusiones se repiten en los estatutos contra los crímenes de odio. Sin embargo, no pretendo promover aquí la posible ampliación de las clases protegidas en ninguno de los dos tipos de leyes para, por así decirlo, “incluir” los grupos excluidos y mucho menos reforzar las políticas sobre la identidad en general. Por el contrario, creo que estas políticas son paradójicas y, en muchos casos, contexto de por medio, emergen como espacios de legitimación con reducidos efectos reales o con efectos contraproducentes sobre las poblaciones afectadas.⁵⁵

La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos que trata el estatus de las minorías ha empleado casi como regla general, por lo menos hasta los años ochenta, la noción de discriminación en el sentido de *inferiorización*.⁵⁶ Así lo han hecho también las principales

⁵⁵ Wendy Brown argumenta que con este tipo de políticas el Estado “produce” legalmente las víctimas, y al hacerlo se “vuelve contra sí mismo”, es decir, filtra en una articulación legal su propia complicidad ante el daño social. Brown dice que los esfuerzos por hacer ilegales los daños sociales le otorgan gran poder a la ley y al Estado como protectores contra el daño y los hace aparecer como árbitros neutrales del mismo antes que con el poder de dañar. WENDY BROWN, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton University Press, Princeton, 1995, p. 21. Véase también ANNJANETTE ROSGA, “Policing the State”, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, inaugural issue, 1999, pp. 145-171.

⁵⁶ Como lo ha mostrado Neil Gotanda en su texto “A Critique of ‘our Constitution is Color Blind’”, en *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, KIMBERLE CRENSHAW, NEIL GOTANDA, GARY PELLER y KENDALL THOMAS (eds.), The New Press, Nueva York, 1995, pp. 257-275, la noción de “inferioridad” y su relación con la jurisprudencia constitucional sobre raza podría presentarse en cuatro registros: el de status, que se rige por la formulación explícita de inferioridad racial (caso *Dred Scott v. Sandford*, *supra* nota 23, p. 393); el formal, cuya pretensión de neutralidad esconde los procesos históricos que han fundado la subordinación y que es el más representativo de la teoría de interpretación constitucional conocida como “color-blindness” (Caso *Plessy v. Ferguson*, *supra* nota 24); el histórico, que pretende reconocer que los procesos legales rígidos que desconocen los problemas de la “neutralidad” son cómplices en la producción de la inferioridad racial (caso *Brown v. Board of Education*, 1954, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 347, pp. 483-495), que puso fin a la doctrina de separados pero iguales en la educación pública y, más recientemente, *Bakke v. Regents of University of California* (1977, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 438, p. 265) donde el juez Marshal —en su salvamento de voto— describe cómo hay asimetría de significado en el uso, por parte de la jurisprudencia constitucional, de

teorías que se ocupan de las leyes contra la discriminación, las cuales, a pesar de sus diferencias, concuerdan en que tales leyes “buscan la transformación de la producción y reproducción social del estatus de *inferioridad* dado a ciertos grupos”.⁵⁷ Sin embargo, en *Wisconsin v. Mitchell*⁵⁸ —el

la noción de “raza negra” y “raza blanca”, pues, la primera enfatiza subordinación y la otra privilegio (GOTANDA, *ibid.*, p. 264). Gotanda muestra en su texto las tensiones que genera el empleo del estricto escrutinio en relación con los registros formal e histórico; en este último se ha usado para mostrar problemas históricos de inferiorización, pero en el primero se ha usado, aunque no de manera mayoritaria, para evaluar cualquier clasificación racial —o de minorías— sin referencia a su contexto histórico o social; por último, al referirse al registro cultural, Gotanda argumenta cómo la sociedad, cuando se rige por los preceptos de la neutralidad hacia la raza y el asimilacionismo, oculta y excluye las prácticas culturales y las tradiciones de las comunidades —en este caso— negras. Otros casos notorios de jurisprudencia constitucional sobre discriminación son: *Loving v. Virginia* (1967, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 388), que puso fin a la prohibición legal de los matrimonios interraciales; *McCleskey v. Kemp* (1987, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 481), en el que el prisionero Warren McCleskey demandó su sentencia de muerte —con base en la teoría de la protección igualitaria— probando que en el estado de Georgia los asesinatos de personas blancas eran cuatro veces más propensos a ser condenados a muerte que aquéllos que habían asesinado a personas negras. La demanda le fue negada. *Metro Broadcasting v. FCC* (1990, Corte Suprema, *Supreme Court Reporter*, vol. 110), en el que se buscaba aumentar las licencias de minorías para el manejo de medios de comunicación. En términos legislativos, el *Civil Rights Act* de 1964 y su *Title VII* pusieron las bases de las políticas de acción afirmativa y pueden interpretarse como un esfuerzo por proteger legalmente, especialmente en materia laboral (incluido el asunto del acoso sexual) y de vivienda, a minorías (en principio de raza, etnia y género) históricamente subordinadas.

⁵⁷ KOPPELMAN, *supra* nota 32, p. 13 (cursivas agregadas).

⁵⁸ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22. La otra decisión es *R.A.V. v. St. Paul*, *supra* nota 22. Ambos casos se enmarcan en un debate sobre la libertad de expresión y se quedan cortos en abordar el asunto de los crímenes de odio como tal. En *R.A.V.* la Corte declaró inconstitucional una ordenanza de la ciudad de St. Paul que prohibía conductas que despertaran alarma o resentimiento por razones de raza, color, credo, religión o género. Lo hizo con base en la Primera Enmienda, es decir, el derecho a la libre expresión. El caso se refiere a un grupo de adolescentes que en la madrugada de junio 21 de 1990 ensambló una rudimentaria cruz, uniendo las patas rotas de varias sillas, y la quemó en el jardín de la casa de una familia negra que vivía al lado opuesto de la calle donde los jóvenes estaban quedándose. En *Mitchell* la Corte ratificó el estatuto contra los crímenes de odio del Estado de Wisconsin, alegando que, a diferencia de *R.A.V.*, donde la decisión se refería al derecho a la libre expresión, este estatuto invocaba la necesidad de regular conductas. De acuerdo con el reporte del caso realizado por la Corte en *Mitchell*, un joven blanco fue golpeado la tarde de octubre 7 de 1989 por un grupo de adolescentes y hombres jóvenes de raza negra dentro del cual se incluía Mitchell. De acuerdo con el texto de la Corte sobre el caso, el grupo discutía una escena de la película *Mississippi Burning*, concretamente la escena en que un hombre blanco ataca a un

caso que fundamenta la constitucionalidad de los estatutos contra los crímenes de odio en el paralelo con las leyes contra la discriminación—y en otros casos previos a éste,⁵⁹ la noción de ‘discriminación’ que prima no es la de ‘discriminación’ como ‘inferiorización’, sino como un acto de selección de las víctimas motivado por animosidad hacia individuos o grupos pertenecientes a determinadas categorías o clases protegidas.

Entonces tenemos en juego al menos dos significados distintos de la noción de discriminación, tal como es definida en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos. Uno refiere a la inferiorización y el otro a la selección perjudiciada de las víctimas. Lo que de esta aclaración se derive es algo que trataré más adelante, pero antes es necesario mencionar cómo la pretensión de transformación cultural que se les ha adjudicado a las leyes contra la discriminación ha sido, desde mediados de los años ochenta, seriamente erosionada por críticos del Derecho, especialmente por aquellos pertenecientes a la teoría legal crítica de raza, de género y sexualidad.⁶⁰ Como veremos, la importancia de tales críticas

niño negro que estaba rezando. Cuando el grupo sale a la calle, Mitchell asume el papel de instigador de violencia al preguntar a los otros: “¿Tienen ganas de acosar a algunos blancos?” Poco después, un joven blanco se acerca y Mitchell lo señala a los otros como objetivo para el ataque. El joven es golpeado, robado y entra en coma por cuatro días. En la opinión unánime, el presidente de la Corte, Juez William Rehnquist, escribió: “mientras la ordenanza declarada inconstitucional en *R.A.V.* estaba dirigida explícitamente a la expresión (es decir, ‘discurso’ o ‘mensaje’) el estatuto en este caso está dirigido a conductas no protegidas por la Primera Enmienda”. Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22. Véase también FREDERICK LAWRENCE, *Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, p. 90. Mucho podría decirse sobre el discurso de la Corte en ambos casos, el modo de presentar los hechos y las dinámicas raciales en uno y otro. Eso, sin embargo, desborda mi interés inmediato en esta sección, que es el de analizar el paralelo entre leyes contra la discriminación y estatutos contra los crímenes de odio.

⁵⁹ Caso *R.A.V. v. St. Paul*, *supra* nota 22, y caso *Michael Earl Dobbins v. State of Florida*, 1992, la Corte de Apelaciones de La Florida, *Southern Reporter 2d*, vol. 605, p. 922 [en adelante *Dobbins v. Florida*].

⁶⁰ Para una revisión de los diversos argumentos de estos críticos, véase KIMBERLE CRENSHAW, NEIL GOTANDA, GARY PELLER y KENDALL THOMAS (eds.), *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press, Nueva York, 1995. También desde el punto de vista del género y la sexualidad, encontramos críticas relevantes en teorías del Derecho como CATHARINE A. MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987; MARTHA MINOW, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990; JANET HALLEY, “The Politics of the Closet: Legal Articulation of

para mi argumento radica en su utilidad para identificar algunas referencias a la pertinencia de los estatutos contra los crímenes de odio como potenciales remedios contra la violencia por prejuicio.

Entre los desafíos a las leyes contra la discriminación se destacan aquellos que señalan cómo la aplicación e interpretación de estas leyes privilegia el punto de vista de los perpetradores y no de los afectados por la discriminación.⁶¹ El mayor problema, según esta perspectiva, es que revisando la historia de la interpretación y aplicación de estas leyes se hace posible afirmar que el problema de la discriminación se ha reducido a un asunto individual, localizado en un perpetrador o perpetradores, lo cual deja intacto el contexto social extenso que la produce y reproduce.⁶²

Otra crítica apunta a revelar las dificultades que genera el que las leyes contra la discriminación operen a través de clases protegidas singulares cuando la discriminación es un asunto de interseccionalidad de diferentes clases o categorías, es decir, de múltiples subordinaciones de raza, género, clase, orientación sexual, discapacidades, edad, entre otras. Las leyes contra la discriminación, al operar por categorías singulares, y al ser interpretadas desde la perspectiva de los grupos hegemónicos, hacen que otros grupos que son marginados desde múltiples ejes sean invisibilizados y desgarrados frente a sus propias identificaciones. Así,

[...] la discriminación por género imaginada desde la perspectiva de los hombres blancos es lo que les pasa a las mujeres blancas; la discriminación por raza es lo que les pasa a los hombres negros.⁶³

Sexual Orientation Identity”, en *A Reader in Law and Culture*, KAREN ENGLE y DAN DANIELSEN (eds.), Routledge, Nueva York, 1995; KATHARINE FRANKE, “Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law & Desire”, *Columbia Law Review*, vol. 101, 2001; KATHARINE FRANKE, “What’s Wrong with Sexual Harassment?”, *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997; y los ya mencionados trabajos de Kendall Thomas y Kenji Yoshino, entre otros.

⁶¹ ALAN D. FREEMAN, “Anti-discrimination Law from 1954 to 1989: Uncertainty, Contradiction, Rationalization, Denial”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, DAVID KAIRYS (ed.), Perseus Books Group, Nueva York, 1998.

⁶² Esta crítica puede compararse con el argumento sobre soluciones afirmativas que introduce Nancy Fraser en su trabajo sobre justicia social y política. Véase FRASER, “¿De la Redistribución al Reconocimiento?”, *supra* nota 2, pp. 37-44. Véase también la evolución de su propuesta al respecto en NANCY FRASER y AXEL HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, Nueva York, 2003, pp. 72-88.

⁶³ KIMBERLE CRENSHAW, “A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Law

¿Dónde están situadas las mujeres negras en este escenario? Éstas son abandonadas con la carga de la prueba sobre su invisibilidad y forzadas a “traducir” sus experiencias a los códigos de las mujeres blancas y los hombres negros. Tal situación enfrenta las articulaciones políticas de las mujeres negras a un dilema muy difícil —ser negra o ser mujer— e incluso las hace objeto de acusaciones de ser elementos polarizantes en el interior de sus propias comunidades.⁶⁴ Esta cuestión merece, desde luego, ser formulada para todos aquellos que son marginales y están sub-representados en los arreglos legales referentes a la discriminación y la exclusión.⁶⁵

Un tercer argumento que desafía el efecto emancipador de las leyes contra la discriminación es el que apunta a desenmascarar la falsa neutralidad de la teoría constitucional conocida como *color-blindness*. Tal teoría se inició con *Plessy*,⁶⁶ se desarrolló en la decimotercera, decimocuarta y decimoquinta enmienda, se afinó con la decisión en *Brown v. Board of Education*⁶⁷ y se extiende como una doctrina de interpretación constitucional hasta nuestros días.⁶⁸ El punto

and Politics”, en *The Politics of Law: A Progressive Critique*, DAVID KAIRYS (ed.), Perseus Books Group, Nueva York, 1998, p. 358.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *ibid.*

⁶⁵ Para un caso muy interesante sobre la intersección de la orientación sexual y el género en las leyes contra la discriminación véase *Dawson v. Bumble & Bumble*, 2003, Corte de Distrito, Distrito del Sur de Nueva York, *Federal Supplement 2d*, vol. 546, p. 301. Agradezco a Paisley Currah por esta referencia.

⁶⁶ “[...] in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved”. Caso *Plessy v. Ferguson*: “[...] a los ojos de la ley, no hay en este país una clase dominante, superior de ciudadanos en el poder. Aquí no hay castas. Nuestra Constitución es ciega ante las diferencias de color y no conoce o tolera diferencias entre ciudadanos. En relación con los derechos civiles, todos los ciudadanos son iguales ante la ley. El más humilde es par del más poderoso. La ley mira al hombre en tanto hombre y no tiene en cuenta sus circunstancias o su color cuando se trata de garantizar sus derechos civiles como ordena la ley suprema del territorio” (traducción de la autora). Véase *supra* nota 56.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, *supra* nota 56. Una vez abolida la esclavitud, las enmiendas constitucionales mencionadas fueron hechas alrededor de 1870 con la presunción de que protegerían los derechos civiles y darían nuevos derechos a los afro-americanos. Véase GOTANDA, *supra* nota 56, p. 257.

⁶⁸ Por ejemplo, en *City of Richmond v. J. A. Croson Co* [1989, Corte Suprema,

fundamental de la crítica es que la pretendida neutralidad del análisis constitucional legítima y perpetúa, a través de la fantasía de la asimilación,⁶⁹ los privilegios de los grupos hegemónicos sobre los no-hegemónicos, y lo hace al desconectar la asimetría entre ellos de los procesos históricos que la producen. Aunque referida primordialmente a la categoría de “raza”, su lógica es extensiva a otras clasificaciones. Como lo afirma Gotanda

[...] los constitucionalistas del *color-blind* viven en un mundo ideológico donde la subordinación racial es omnipresente pero ignorada, a menos que tome la forma de un prejuicio individual, irracional e intencionado.⁷⁰

Así pues, estas críticas nos dan algunas señales sobre los límites del análisis discriminatorio para abordar el problema de la violencia por prejuicio. Si, por un lado, las leyes contra la discriminación pretenden lograr una transformación cultural a través de discursos de protección igualitaria, los estatutos contra los crímenes de odio, por el otro, apuntan fundamentalmente a reducir la conducta violenta ejercida por prejuicio.

U.S. Reports, vol. 488, p. 469) la corte invalidó un programa para adjudicar contratos municipales a minorías con el argumento de que las clasificaciones raciales que beneficiaran a blancos o a negros eran sospechosas porque podían estar motivadas “por nociones ilegítimas de inferioridad racial o simplemente por política racial y podrían conducir a hostilidad racial”. En su adhesión a la opinión de la mayoría el juez Scalia argumenta contra la naturaleza de las clasificaciones raciales afirmando que éstas demandan escrutinio estricto. Su posición es la de mantener un programa remedial de neutralidad racial, que no tenga en cuenta los contextos históricos en que la discriminación se produjo (el registro formal del que habla Gotanda en relación con la teoría del “color-blindness”, véase *supra* nota 56). Según Scalia, tener en cuenta las clasificaciones raciales es generar juicios a partir del color de la piel o el origen nacional. Gotanda critica esta posición diciendo que no es la clasificación racial en abstracto la que es problemática sino la asimetría histórica que la sustenta y reproduce en la sociedad estadounidense. Desconectar esta historia es quedarse sin piso para entender la subordinación racial. GOTANDA, *supra* nota 56, pp. 266-269, n. 37.

⁶⁹ Según Kenji Yoshino, la fantasía asimilacionista —bien como una forma de protegerse de la discriminación o como su resultado— intercalada en la interpretación de las leyes contra la discriminación y en la cultura, apunta a erradicar las diferencias de tres maneras: por conversión (cambio en la característica), por simulación (la característica se puede retener pero hay persuasión para que se la oculte) o por encubrimiento (se le permite a la persona retener y revelar su característica pero se le impide que la ostente). YOSHINO, *supra* nota 32, pp. 771-773.

⁷⁰ GOTANDA, *supra* nota 56, p. 266.

El paralelo opera bajo las siguientes correspondencias: en primer lugar, ambos tipos de leyes transportan un “obligado interés del Estado” en reducir las prácticas discriminatorias y la violencia por prejuicio; en segundo lugar, el *motivo* juega en los estatutos el mismo rol que juega en las leyes contra la discriminación; en tercer lugar, ambos tipos de leyes protegen a ciertas clases como “categorías universales” y no como grupos específicos. Las clases protegidas, sin embargo, emergen de identificar grupos como históricamente vulnerables o como terreno de “fisuras sociales”.⁷¹

Aunque las definiciones de la noción de crimen de odio varían de estatuto a estatuto y de estado a estado, y en cada uno se protegen clases específicas que no necesariamente concuerdan, la característica más común entre los estatutos es, en su mayoría, el tener como objetivo central la reducción de la conducta violenta motivada por prejuicio a través del aumento de las penas. Por ejemplo, la corte de Apelaciones de la Florida en *Dobbins* afirma que

[...] el propósito de la sección 775.085 [en el Estatuto de Florida contra los crímenes de odio] es desanimar, a través del aumento de las penas, la *discriminación* contra cualquier persona (al hacerla víctima de un crimen) debido a su raza, color o religión.⁷²

Así mismo, la Corte Suprema en *Mitchell* anota que

[...] el deseo del Estado de reparar el daño individual y social que se piensa es infligido por los crímenes motivados por prejuicio provee una explicación adecuada para justificar el aumento de las penas y va más allá del mero desacuerdo sobre las creencias o prejuicios de los ofensores.⁷³

⁷¹ LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

⁷² Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59 (traducción de la autora). Las clases protegidas en los estatutos varían de Estado a Estado. Casi todos los Estados han implementado algún tipo de estatuto entre 1982 y el 2003, excepto Wyoming. Casi todos los estatutos protegen raza y religión. Sin embargo, la inclusión de género, orientación sexual e identidad de género son muy controversiales. En la actualidad 30 Estados consideran la orientación sexual como clase protegida y sólo 7 y el distrito de Columbia la identidad de género. 18 Estados tienen estatutos que no incluyen orientación sexual y 2 Estados, Utah y Georgia, tienen estatutos contra crímenes motivados por prejuicio sin especificar categoría alguna. Véase, por ejemplo, NATIONAL GAY AND LESBIAN TASK FORCE, *Hate Crime Laws in the U.S.*, abril de 2005, <www.thetaskforce.org/downloads/hatecrimesmap.pdf>, visitada el 5 de mayo, 2005.

⁷³ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22.

En este sentido, los estatutos son vistos como medidas contra la discriminación orientadas a proteger a grupos vulnerables contra el crimen violento a través del aumento de las penas. Si seguimos la lógica del paralelo, podríamos volver a la primera crítica de los teóricos del Derecho a las leyes contra la discriminación y argumentar que la consideración de los estatutos como remedios para reducir la violencia por prejuicio a través del aumento de las penas colabora a reafirmar el carácter puramente individual de la conducta violenta.⁷⁴ Es decir, el Estado aumenta las penas a los perpetradores individuales, y al hacerlo, parece sugerir que sus conductas se producen como resultado de la particular irracionalidad del perpetrador. Argumento que esta situación es paradójica, por cuanto, por definición, todo prejuicio requiere un contexto social que lo establezca como tal. Por eso, el tema del aumento de las penas para reducir las conductas violentas motivadas por prejuicio es, a lo menos, insuficiente, dado el doble mensaje que parece transmitir: por un lado, se puede argumentar que el aumento de penas tiene un valor simbólico, es decir, el Estado emite un mensaje de no-tolerancia a este tipo de conductas, pero, por otro, reduce y de cierta manera “salva su responsabilidad” con la formulación de un castigo que es ante todo individual. Al individualizar la responsabilidad corre el riesgo de perder de vista y hacer perder de vista a la sociedad en general las raíces sociales de todos los prejuicios. Aún más, al reducir el castigo al aumento de penas individuales, el Estado ignora la parte que le corresponde en la creación y promulgación de los prejuicios.⁷⁵

Lo anterior se ve reforzado por el carácter formal que asume la noción de discriminación como *selección* en los estatutos y su polémica conexión con el marco histórico que da contexto a la conducta violenta (contexto que produce como

⁷⁴ FREEMAN, *supra* nota 61. También GOTANDA, *supra* nota 56.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, BROWN, *supra* nota 55. Ejemplos abundan sobre la relación entre discursos estatales como creadores del contexto que legitima la violencia contra ciertos grupos. Para citar un par de ellos recordemos el discurso contra la sodomía y el discurso contra el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Estos discursos de alguna manera legitiman desde el Estado actos violentos contra las sexualidades disidentes ejercidos por actores no-estatales y estatales, por ejemplo, la policía.

inferiores a ciertos grupos en relación con otros).⁷⁶ En *Mitchell*, donde se hace expreso el paralelo, la Corte confirma y castiga el acto violento discriminatorio como *selección*, por oposición a la necesidad de establecer el *motivo* subjetivo por el cual la víctima es escogida. El estatuto de Wisconsin, cuya constitucionalidad fue ratificada por la Corte Suprema, dice:

⁷⁶ Frederick M. Lawrence —véase LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 29— distingue en relación con los estatutos contra los crímenes de odio entre un modelo de discriminación selectiva y un modelo de animosidad racial. Lawrence advierte que su distinción es analítica y que en la mayoría de los casos los estatutos existentes no pueden situarse sin ambigüedad en uno u otro de los modelos. Sin embargo, la distinción nos permite apreciar más claramente las tensiones entre la discriminación como mera selección de la víctima y el motivo o prejuicio que está detrás de la conducta violenta. El modelo *discriminatorio* resalta que la víctima fue seleccionada y tratada con violencia; los motivos del atacante son irrelevantes; lo que importa y se castiga es el gesto discriminatorio de selección. La Corte Suprema ratificó la constitucionalidad de este modelo en casos como el antes mencionado *Wisconsin v. Mitchell* y, por contraposición, en *R.A.V. v. St. Paul*, con el cual declaró inconstitucional una ordenanza de la ciudad que parecía acoplarse más a la lógica del modelo de animosidad racial. El modelo de *animosidad racial*, por su parte, se concentra en determinar los prejuicios conectados con los actos de selección de las víctimas. Este modelo es el que aparece en las regulaciones del FBI y se enfrenta a la difícil tarea de determinar cuándo una conducta violenta es totalmente o en parte motivada por prejuicio; véase *ibid.*, p. 35. Desde 1990 se promulgó como ley federal el Acto de Estadísticas sobre los Crímenes de Odio (Hate Crime Statistics Act, 1990, *United Status Code*, título N° 28, sec. 534), el cual obliga al FBI a recolectar anualmente estadísticas sobre los crímenes de odio en los Estados Unidos. Por eso, es significativo que el modelo de identificación de este tipo de crímenes empleado por esta agencia sea el de animosidad racial. Las figuras en los reportes del FBI son con frecuencia menores que las que aparecen en los reportes de las organizaciones (ONG) contra la violencia. Estas diferencias pueden ser rastreadas hasta las estaciones de policía, las primeras agencias de Estado en lidiar e identificar los crímenes. En general, en entrevistas con varios activistas de las ONG que tratan con violencia contra las comunidades de lesbianas, *gays*, bisexuales y transgeneristas, encontré que son muy pocos los incidentes que se registran en las estaciones de policía como crímenes de odio y alcanzan los tribunales. Es decir, la mayoría de los incidentes no se registran como crímenes de odio y muy pocos alcanzan a ser juzgados. Al menos es así en la ciudad de Nueva York y para la comunidad LGBT. Entrevistas en archivo con la autora. La distinción entre modelos es significativa. En el primero, la eliminación de la discriminación aparece como un valor defendido formalmente, es decir, sin tener en cuenta los “prejuicios” particulares que están presentes en la conducta violenta, lo que puede conducir a suponer de nuevo que el perpetrador es un *individuo alterado* y que con la consignación de ciertas clases protegidas, la balanza, por así decirlo, se ha equilibrado y la asimetría entre grupos ha desaparecido. De hecho, esta asimetría es ignorada cuando lo que se consigna como clase protegida, en aras de hacer honor a la doc-

El estatuto contra los “crímenes de odio” exige una sentencia aumentada en cierto grado cuando el acusado intencionalmente *selecciona* una víctima por razón de su raza, religión, color, discapacidad, orientación sexual, origen nacional o ancestro [...].⁷⁷

Y más adelante agrega,

[...] aunque el *motivo* que pueda tener el acusado para cometer la ofensa criminal es un factor importante a la hora de determinar la sentencia a imponer, las creencias abstractas del acusado, por ofensivas que puedan parecer a la mayoría, no pueden ser tomadas en consideración por el juez al dictar sentencia.⁷⁸

Otra formulación de la noción de discriminación como selección se encuentra en *Dobbins*, así:

[...] no es el contenido del discurso lo que se prohíbe sino el acto de discriminar. No importa por qué una mujer es tratada de modo diferente que un hombre, un negro de un modo diferente que un blanco, un católico de un modo diferente que un judío; importa solamente el trato diferencial [...].⁷⁹

trina de protección igualitaria, es una categoría universal —raza, religión, color, orientación sexual, entre otros— y no un grupo específico históricamente atacado —afro-americanos, musulmanes, homosexuales, entre otros. En el segundo, las dificultades instrumentales de aplicar los estatutos bajo el modelo de animosidad racial no se originan solamente en el proceso de crear significados legales para la noción de “crimen *motivado* por prejuicio”. Sus dificultades provienen también de las tensiones históricas entre la policía y los grupos vulnerables. Porque la policía es la primera agencia del Estado en estar en contacto con el crimen y tiene en sus manos la tarea de identificarlo, las tensiones entre ella y los grupos vulnerados juegan un papel determinante en la instrumentalización de los estatutos. Casos como la golpiza a manos de la policía de Los Angeles de Rodney King en 1991, la tortura y sodomización del inmigrante haitiano Abner Louima en una estación de policía de Nueva York en 1997 y el asesinato con cuarenta tiros de Amadou Diallo, un inmigrante desarmado, en 1999 en la misma ciudad; así como la negligencia de los agentes de policía de Nebraska en el caso del asesinato transgenerista Brandon Teena, cuando reportó una violación y amenazas contra su vida, son sólo algunos ejemplos de comportamientos al parecer no tan excepcionales de la policía sobre individuos pertenecientes a grupos históricamente vulnerables. De cualquier forma, es justo también anotar que en los últimos años muchas ciudades y Estados tienen programas de educación de sus cuerpos de policía con buenos resultados en la reducción de las tensiones entre éstos y los grupos vulnerables (entrevista con Katie Doran, enlace entre la comunidad LGBT y el fiscal general de la ciudad de Nueva York, mayo de 2003. En archivo con la autora).

⁷⁷ Caso *Wisconsin v. Mitchell*, *supra* nota 22, en el resumen del caso (traducción de la autora y cursivas agregadas).

⁷⁸ *Ibid.* (traducción de la autora y cursivas agregadas).

⁷⁹ Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59 (traducción de la autora).

Es evidente que la preocupación de la Corte es salvaguardar la libertad de expresión protegida por la primera enmienda. Sin embargo, esta intención genera impasses en la aplicación y el objetivo de los estatutos, porque ¿cómo es posible enfatizar el carácter formal (de selección) de la discriminación y a la vez defender el carácter histórico (definido como inferiorización) de la misma? A primera vista, los dos asuntos parecen conciliarse si la víctima que se selecciona como objeto de conducta criminal pertenece a un grupo que el Estado ha reconocido como históricamente subordinado. Para efectos legales de dictar sentencia, el carácter histórico de la discriminación ha pretendido ser reconocido —en la clase protegida— y, por lo tanto, la Corte y el juez se pueden “despreocupar” del prejuicio particular que motivó la conducta violenta. Pero es muy difícil determinar cuándo se produce un crimen de odio por fuera del marco que otorga un discurso prejuiciado previo o expreso en el momento de la conducta violenta. Entonces, el contenido del discurso juega un papel fundamental en determinar el estatus del crimen. Por ejemplo, una conducta violenta por prejuicio ejercida contra una lesbiana sólo puede reconocerse y diferenciarse de una conducta violenta por prejuicio ejercida contra una mujer si la “define” el discurso.⁸⁰ Uno podría decir que en ambos casos “el valor” de la violación de un derecho humano es igual si la agresión se ejerce contra una mujer, una lesbiana, un judío o un negro y, en efecto, así es, pero distinguir entre las diferentes razones parece ser fundamental para evitar que la pretendida neutralidad de la interpretación constitucional —encarnada en la noción de la discriminación como selección— legitime y reproduzca lo que la crítica a la doctrina del *color-blindness* llama la asimetría entre los grupos hegemónicos y no hegemónicos.⁸¹ Es posible que el requisito formal de tipo legal que

⁸⁰ Véase, por ejemplo, Ruth Ann Robson, quien ha argumentado que si el perpetrador no dice una palabra indicando prejuicio cuando está violando a una lesbiana, y si el género no está consignado como clase protegida pero sí la orientación sexual, la violación no es un crimen de odio porque sólo por las “palabras” se puede identificar el crimen de odio contra una lesbiana. RUTH ANN ROBSON, *Lesbian (Out) Law: Survival Under the Rule of Law*, Firebrand Books, Ithaca, p. 147. También, RUTH ANN ROBSON, *Sappho Goes to Law School: Fragments in Lesbian Legal Theory*, Columbia University Press, Nueva York, 1998, pp. 20-21.

⁸¹ Véase, por ejemplo, *supra* nota 56.

implica hablar de discriminación como selección ayude a opacar la revisión histórica de los motivos que han producido prácticas discriminatorias y sus diferencias con lo que he denominado prácticas excluyentes.

La noción de discriminación como selección es concordante, por formal, con la inscripción de una serie de “categorías universales” pretendidamente neutrales —raza, género, religión, orientación sexual, entre otras— que adquieren, desde espacios políticos, su estatus de clases protegidas. Pero inscribir “categorías universales” puede ser problemático si de lo que se trata con su inscripción es de reparar las fisuras sociales o los viejos ejes donde se afina la discriminación.⁸² Por eso, el asunto de consignar ciertas clases como protegidas pretendía —visto desde los activistas que las propusieron— cubrir sólo a aquéllas cuya condición es la de ser “grupos que históricamente han estado sujetos a discriminación”.⁸³ Sin embargo, para evitar los desafíos que impone la doctrina de protección igualitaria,⁸⁴ no son los grupos particulares —afro-americanos, mujeres, musulmanes, homosexuales, entre otros— sino las categorías universales las que se protegen en los estatutos.

Es en este punto en particular donde reside con mayor fuerza la pertinencia de la distinción entre “discriminación” y “exclusión” que introduje en la primera parte de este ensayo. La noción de discriminación como selección hace colapsar las diferencias entre los prejuicios y, por tanto, asimila todas las conductas violentas a un uso jerárquico de la fuerza. Al hacerlo, invisibiliza el uso excluyente de la misma y pierde de vista que existen colectividades que son paradigmáticas de la exclusión. Estas borraduras se producen por las dificultades presentadas en la crítica de la interseccionalidad de las categorías, es decir, por cuanto los individuos suelen identificarse con múltiples colectividades y, por lo tanto, están atravesados por múltiples ejes de violencia, tanto intra-gru-

⁸² Véase, por ejemplo, LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

⁸³ Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, JENNESS y GRATTET, *supra* nota 51, p. 122. La doctrina de protección igualitaria inscrita en la Constitución de los Estados Unidos ordena que todas las leyes han de ser aplicadas de manera igualitaria a todos los grupos e individuos en la sociedad. Para un análisis de esta doctrina en relación con los estatutos contra los crímenes de odio véase, también, JENNESS, “The Hate Crime Canon and Beyond”, *supra* nota 51, p. 293.

pal como inter-grupal. Suele suceder, como lo señala Crenshaw,⁸⁵ que desde el punto de vista de los grupos hegemónicos ciertas identidades se “tomen” las categorías. Ese “tomarse” las categorías está mediado precisamente por lo que aparece como instrumental para el orden social. Por ejemplo, desde el punto de vista intra-grupal, en el caso de la violencia por prejuicios de género y de orientación sexual, uno podría parafrasear a Crenshaw y preguntarse: ¿es la violencia por misoginia, imaginada desde la perspectiva del paradigma heterosexual, lo que les pasa a las mujeres heterosexuales y es la violencia por homofobia lo que les pasa a los hombres gay? Si es así, lo que se hace evidente es la invisibilidad de la violencia contra las lesbianas, el grupo menos instrumental para la supervivencia del sistema de heterosexualidad compulsiva.⁸⁶

Desde el punto de vista inter-grupal, las exclusiones se afincan en la neutralidad impuesta por las categorías universales a las asimetrías históricas entre los grupos. La consagración de clases protegidas se produce por los esfuerzos de diversos movimientos sociales y está enmarcada dentro de políticas identitarias. El resultado de estas luchas, sin embargo, es paradójico: los estatutos emergen como una necesidad de llamar la atención sobre la especial vulnerabilidad de ciertos grupos o identidades políticas, pero, como las leyes tienen que ser aplicadas de la misma forma a todos los miembros de la sociedad, éstas no ofrecen ninguna solución o protección a los grupos vulnerables que no estén simultáneamente disponibles para todos los miembros de la sociedad.⁸⁷ Es decir, el crimen contra un homosexual es equivalente al crimen contra un heterosexual, el crimen contra un negro es equivalente al crimen contra un blanco, etc. Esto tiende a vaciar de sentido las demandas de los activistas que promovieron la creación de los estatutos⁸⁸ y, desde luego, el sentido de las clases protegidas mismas, el cual parecía vehicular

⁸⁵ CRENSHAW, “A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Law and Politics”, *supra* nota 63, p. 358.

⁸⁶ Aún más profunda es la borradura de, por ejemplo, la violencia contra lesbianas negras y pertenecientes a la clase trabajadora. Véase GÓMEZ, *supra* nota 48.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, JENNESS, “The Hate Crime Canon and Beyond”, *supra* nota 51, pp. 293-294.

⁸⁸ *Ibid.*

[...] el interés obligado del Estado en asegurar los derechos humanos básicos (no ser objeto de actos criminales) de los miembros de grupos que históricamente han estado sujetos a discriminación [...].⁸⁹

Por otra parte, hablando en propiedad, no hay estatutos neutrales,⁹⁰ es decir, no existe la simple conducta de “selección de la víctima como discriminación”. Las legislaturas estatales y federales expresan valores al tomar decisiones sobre cuáles categorías merecen reconocimiento y cuáles no. No en vano casi todos los estatutos incluyen raza, religión y etnia como clases protegidas; pero la inclusión del género, la orientación sexual y la identidad de género, entre otras, son polémicas y muy debatidas.⁹¹ Por eso, la exploración de cuáles prejuicios entran en juego en los crímenes de odio puede ser útil para establecer políticas que apunten a la justicia social. Los prejuicios no sólo hablan de las dinámicas intergrupales, sino, lo cual es más importante, son indicadores de los “valores” hegemónicos que producen y reproducen las prácticas excluyentes en cada sociedad en particular. Por ejemplo, Lawrence comenta,

[...] los Estados que excluyen la orientación sexual de los estatutos contra los crímenes de odio están haciendo un argumento normativo sobre la homosexualidad y el tratamiento de los hombres gay y las lesbianas... La falla en incluir la orientación sexual implica que éstos y éstas no merecen la misma protección que las minorías raciales, religiosas y étnicas, y que la orientación sexual no es una fractura social tan importante como la raza, la religión y la etnia.⁹²

⁸⁹ Caso *Dobbins v. Florida*, *supra* nota 59 (traducción de la autora).

⁹⁰ Véase, por ejemplo, LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

⁹¹ Si un crimen de odio contra una lesbiana es casi imposible de identificar debido a la intersección entre el género y la orientación sexual, entonces, por ejemplo, la exclusión del género de los estatutos para que avance la orientación sexual afecta no sólo a las mujeres sino también a las lesbianas. Para un análisis del debate sobre la inclusión de categorías véase JENNESS y GRATTET, *supra* nota 51; VALERIE JENNESS y KENDAL BROAD, *Hate Crimes: New Social Movements and the Politics of Violence*, Aldine de Gruyter, Nueva York, 1997; TERRY MARONEY, “The Struggle Against Hate Crime: Movement at a Crossroads”, *New York University Law Review*, vol. 73, pp. 564-620; para el debate en relación con el movimiento de gays y lesbianas en particular véase BARRY D. ADAM, JAN WILLEM DUUVENDAK y ANDRÉ KROUWEL (eds.), *The Global Emergence of Gay and Lesbian Politics: National Imprints of a Worldwide Movement*, Temple University Press, Filadelfia, 1999.

⁹² LAWRENCE, *supra* nota 58, p. 20.

CONCLUSIÓN

Para terminar, quisiera recalcar algunos puntos que ya mencioné y abrir otros a futuros desarrollos. En primer término, debo recordar que la distinción analítica entre discriminación y exclusión que introduje en la primera parte del texto se conecta con el paralelo en, al menos, dos sentidos: primero, como lo quise hacer evidente allí, no todos los casos de violencia por prejuicio son prácticas discriminatorias en el sentido de un uso jerárquico de la violencia; también las hay excluyentes y marcadas por esta intencionalidad a través del gesto violento. Si el paralelo funda la constitucionalidad de los estatutos bajo la lógica de las leyes contra la discriminación, he considerado pertinente preguntar por el estatus que tienen en éste las prácticas excluyentes. Con las críticas no pretendí, sin embargo, sugerir o alentar un fortalecimiento de las políticas identitarias; en otras palabras, no pretendo sugerir como remedio para los impasses del paralelo la creación de categorías grupales nuevas para incluir aquellos grupos que aparecen sufriendo un mayor grado de exclusión. Más bien, quería revisar por qué los estatutos parecen tan o más insuficientes que las leyes contra la discriminación para producir transformaciones sustanciales y no meramente formales de las prácticas discriminatorias y excluyentes en la sociedad estadounidense contemporánea. En segundo lugar, he identificado dos usos de la definición de “discriminación” en la interpretación constitucional, fundamentalmente entre un sentido que privilegia su significado de *inferioridad* y otro que destaca su definición en tanto un acto de *selección* de las víctimas. He querido mostrar que si la interpretación que prima es la última, se intensifica la invisibilidad de las prácticas excluyentes y de los grupos que las sufren.

En tercer lugar, y a partir de las correspondencias en que se sostiene el paralelo, he tratado de mostrar que las contradicciones en el interior de los estatutos y en los discursos estatales sobre los mismos ayudan a crear un contexto que

no es absoluta sino contextual y propone lo que denomina una vía media de *nonreformist reform*, que demanda ciertas restricciones institucionales, entre otras, “estas estrategias deben evitar la consagración constitucional de derechos grupales y el establecimiento de otras distinciones de estatus que sean difíciles de cambiar”. *Ibid.*, p. 82 (traducción de la autora).

legítima las prácticas discriminatorias y excluyentes en la sociedad. Como lo sugerí en la introducción, la violencia por prejuicio es perpetrada por actores no-estatales —y en ocasiones estatales— que se ven a sí mismos personificando al Estado. Ellos hacen lo que, desde su punto de vista, el Estado debería pero ha dejado de hacer. Podríamos llamar a esta lógica, la lógica del paramilitarismo. Como los prejuicios también han permeado la vida social a través de regulaciones y prácticas estatales, la re-creación de la discriminación y la exclusión, en la forma de crímenes de odio, puede aparecer legítima ante los perpetradores e, incluso, el Estado mismo puede tornarse en cómplice de los mismos.

El Estado, en sus contradicciones, responde a estas tensiones identificando ciertas conductas sobre ciertas clases de individuos como merecedoras de especial protección. Este intento de protección nos pone en presencia de la estrategia que proponen los estatutos para reducir la conducta violenta motivada por prejuicio, es decir, el aumento de las penas. Esta estrategia es, desde todo punto de vista, insuficiente para abarcar el problema social de la producción y reproducción de los prejuicios, por sus dificultades instrumentales y simbólicas: instrumentales, por los problemas de identificar y reconocer el estatus específico de este tipo de crimen; y simbólicas por el conflicto entre el interés del Estado en mandar simultáneamente mensajes de no-tolerancia frente a este tipo de violencia y reforzar —con pretensiones de neutralidad— las asimetrías históricas entre los grupos. Pero, ante todo, es problemática la pretensión de clasificar de manera singular a los individuos afectados por los múltiples ejes de subordinación y exclusión y de producir y reproducir identidades rígidas divididas entre víctimas y perpetradores. Este asunto se abre como una cuestión fundamental, es decir, si los estatutos reproducen las paradojas de las políticas identitarias, oscilantes entre la búsqueda de reconocimiento de identidades particulares históricamente subordinadas y excluidas y las luchas por deconstruir tales identidades, entonces, ¿qué tipo de soluciones vale la pena proponer para tratar con la creciente y siempre terrorífica violencia social en su también paradójica relación con la diferencia? Como lo he sugerido, la violencia por prejuicio aparece con independencia de los resultados de los esfuerzos legales y culturales

de asimilación. Si el otro/a no se asimila al orden hegemónico, paga con violencia por la trasgresión; si, por el contrario, la asimilación es percibida como exitosa, el gesto violento se hace urgente para restablecer la diferencia. Ése es el dilema que hemos de afrontar en la teoría y en la acción.