LA DISCRIMINACIÓN

Por Jaime Marchant

http://latinamerica.dpi.org/documents/8MARCHANTJAIME-LADISCRIMINACIoN.doc [2 noviembre 2007]

La discriminación conceptualmente es una conducta sistemáticamente injusta y desigual contra un grupo humano determinado. Discriminar consiste en privarle a un grupo humano de los mismos derechos que disfrutan otros.

Esta discriminación puede revestir muchas formas dependiendo del criterio empleado por el ente discriminador (sujeto activo), así tenemos discriminación religiosa, racial, por razón de sexo, por extracción social, económica, política, lingüística y genética entre otras.

La discriminación es un fenómeno basado en relaciones entre diversos grupos sociales, y tienen sus raíces en la opinión que un grupo tiene sobre otro. Estos grupos pueden ser parte de otros grupos sociales mayores o menores, incluso puede sufrir discriminación por mas de una causa, (una mujer africana, puede ser discriminada por ser negra, extranjera y por ser mujer)

Por lo general, la mente humana prefiere pensar por medio de categorías y prejuicios mas o menos estáticos, este hecho ocurre de una manera natural, pues se necesita un punto de partida para cualquier estructura de pensamiento, nuestro juicio o criterio se basa en lo que nosotros consideramos "normal".

El problema estriba que, cuando solo nos quedamos con la imagen superficial, la primera impresión, la opinión de otros, un incidente aislado o el análisis simplón y aplicamos el estereotipo que hemos desarrollado a otros, habremos sembrado el germen de la discriminación[1].

Los estudios multidisciplinarios del fenómeno de la discriminación incluyen los orígenes de las opiniones que un grupo tiene sobre otro, la auto imagen de cada Grupo, se trate de organizaciones formales como la iglesia o ejército, sean colectivos informales como los seguidores de equipos deportivos, o incluso, categorías sociales generales tales como mujeres, varones, niños, ancianos, pobres, etc.

La mayoría de los estudios de carácter sociológico sobre las raíces de la discriminación, se realizan casi siempre en dos grupos, A y B, dividiendo el estudio en:

1. teorías desde el punto de vista del grupo A, el grupo discriminador
2. teorías desde el punto de vista del grupo B, el grupo discriminado
3. teorías desde el punto de vista de las relaciones entre el grupo A y el grupo B.

Los estudios señalan que el fenómeno de la discriminación produce fenómenos indeseables al aislar la necesaria interacción entre los actores sociales, deteriora la convivencia y permite la violencia y marginalidad, este deterioro cívico-social lleva a

[1] Un ejemplo concreto; suponga que Ud. Conoce por primera vez a integrarte de la etnia X, el cual se comporta groseramente y que le resulta francamente repelente, si posteriormente sus amigos le consultan si invitan o no a un estudiante de la etnia X, que Ud. no conoce a una actividad, lo más probable es que sin pensarlo demasiado se niegue sin explicar.

los discriminados a formar subculturas que a modo de autoprotección discriminan a otros, convirtiéndose en un circulo vicioso[2].

La discriminación es un fenómeno social dinámico, no obstante posee algunos aspectos especiales que deben ser tenidos en mente cada vez que se alude a este fenómeno; El primero de ellos estriba en que discriminación equivale tan solo a diferenciar, esto que puede parecer obvio adquiere toda su relevancia si analizamos la connotación social que este termino tiene a través de la historia, en efecto, actualmente trae asociado una fuerte negatividad porque la sociedad asimila el concepto a otros como parcialidad, prejuicio, racismo, intolerancia, violencia o fundamentalismo.

Recordemos que estos conceptos, son valoricamente neutros, es el objetivo, meta o finalidad con la cual se hace la distinción la que debe ser juzgada moral o valoricamente, no al hecho en si de discriminar, así la discriminación no implica necesariamente maldad o error del agente que discrimina, por ejemplo, en caso de catástrofe no parece moralmente cuestionable discriminar a las mujeres y niños para que se salven primero.

El segundo aspecto a considerar es que la discriminación trae aparejado un análisis comparativo-selectivo de una cosa con otra en función de un objetivo, así en último termino siempre depende de las convicciones personales y sociales del momento. De allí que sea esencialmente subjetivo y limitado el concepto discriminación, pues depende de las opciones que se presenten y la información que se dispone como base para realizar este análisis comparativo.

La discriminación es un concepto flexible, cuyo contenido especifico depende bastante del tiempo, lugar, contexto, ideologías, etc.; por eso la discriminación en si misma jamás resulta objetiva, lógica o natural, así, por ejemplo, la esclavitud que hoy nos parece reprobable, era completamente aceptada en la antigüedad y en general existió hasta la primera mitad del siglo XIX. Finalmente, el término "discriminación" apunta a dos realidades o sentidos distintos:

En un sentido amplio es la infracción al principio de igualdad coincidente con lo que históricamente se ha entendido por tal, cuya base es el individuo (hombre blanco y propietario) al que, pese a ser "un igual" no se le trata de tal. Este concepto amplio es bastante limitado pues hace de la igualdad un parámetro muy subjetivo y reducido[3].

En sentido estricto es la infracción al principio de igualdad en los términos anteriormente descritos, con un componente valoricamente negativo incorporado, apunta más a lo colectivo que a lo individual, involucra al sistema institucional que, deliberadamente segrega o excluye a un grupo social, la idea central es el disvalor o bien la carencia de justificación racional para distinguir.

Este concepto estricto se desarrolla a partir de la segunda guerra mundial donde el racismo xenófobo alcanzan niveles de paroxismo, esto convertido en política de Estado, unido a los horrores propios de la segunda guerra mundial contribuyeron a cimentar la negativa visión que actualmente se tiene de la discriminación en general.

---

[2] Esto se aprecia en los barrios marginales, sectas, pandillas y "barras bravas"que son extremadamente hostiles a otros grupos similares, los cuales tienden por regla general a la endogamia; siendo reprobable todo vinculo con otros grupos; calificándose de "traición" este hecho.

[3] En Chile tenemos un adagio popular para graficar esto al hablar de "gente como uno"; es discriminación si el discriminado pertenece al mismo circulo social; no lo es si pertenece a otro.

CLASIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Discriminación directa: es toda norma o acto jurídico de carácter publico o privado que establezca una normativa distinta y perjudicial basada en la pertenecía a una categoría general y abstracta.

Discriminación indirecta: consiste en toda norma o acto jurídico de carácter público o privado formalmente no discriminatorios pero sus consecuencias fácticas se traducen en un impacto adverso para un grupo humano. Son normas o actos neutros pero sus supuestos en la práctica perjudican claramente a quienes pertenezcan a un grupo social determinado.

Discriminación inversa: aquí es donde encontramos la mayor de las dificultades; históricamente el concepto discriminación inversa es de reciente creación, además suelen incluirse en este concepto las soluciones o medidas que pueden adoptarse para terminar o atenuar la discriminación que históricamente sufre un grupo, también bajo el concepto. "Discriminación inversa" suele incluirse un tipo especial de acción positiva llamado cuota.

Toda discriminación indirecta se caracteriza por tener un contenido político, respecto a como enfrentar estas discriminaciones, que dependen de la ideología del gobierno de turno, justificables sólo si su fin es remediar una discriminación profundamente arraigada a través de criterios transparentes y objetivos tales como el sexo o raza.

Deben ser siempre transitorias y su aplicación e interpretación deben ser siempre de derecho estricto ya que siempre el beneficio a los discriminados pasa por un perjuicio a un sector o grupo determinado, irónicamente se la ha definido como una manera de nivelar, superar las condiciones desfavorables de un grupo perjudicándolos a todos por igual.

Si bien el concepto de discriminación inversa y las practicas asociadas requieren de alguna revisión[4], en el actual estado de cosas podemos decir de qué se trata pero aún no tenemos un concepto sistemático, tal vez porque son aspectos mas bien políticos que jurídicos, es el quid de la cuestión ¿cómo incentivar la igualdad y proscribir la discriminación sin cometer otra discriminación?

Finalmente Ronald Dworkin cita una historia judicial norteamericana que resulta muy ilustrativa:

En 1945 un negro apellidado Sweatt se presentó a la universidad de Texas y fue rechazado porque las leyes del Estado estipulaban que sólo los blancos podían ingresar o considerarse alumnos universitarios; el afectado recurrió a la corte suprema. A raíz de este bullado caso se estableció un sistema de cuotas y requisitos menos rigurosos para poder igualar la situación.

En 1971 se presentó a la misma Universidad un blanco apellidado Defunis quien fue rechazado, alegó ante la corte suprema que de haber sido negro, filipino, mujer, chicano, indio, refugiado, cualquier cosa menos blanco, habría podido ingresar, que el estándar menos exigente para el ingreso violaba su derecho a la igualdad porque

[4] Maria Ángeles Barreré destaca lo enredado del concepto que mientras más se intenta precisar "mas parece disfrazarse con otras instituciones"

hacia más difícil su ingreso al exigírsele más requisitos sólo por ser blanco, lo cual a su juicio era "dumping académico" ya que otros con puntajes iguales o incluso inferiores a los suyos lograban entrar a la universidad y él no por sólo el hecho de ser blanco.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Un Concepto En Evolución

La expresión "derecho antidiscriminatorio" es relativamente nueva, su origen se encuentra en el derecho anglosajón y en la doctrina, se refiere a los criterios jurídicos que deben emplearse para discernir cuando una diferencia, establecida en una norma jurídica de carácter legal, administrativa, penal, laboral e incluso las relaciones entre privados en el ámbito contractual, es discriminatoria y por tanto ilícita.

Dar un concepto preciso es extremadamente complejo, pues algunos autores y la legislación emplean este término refiriéndose a distintas realidades tales como:

1) Las soluciones de derecho comparado más efectivas como la acción positiva, cuotas, fiscalías u órganos administrativos especiales, recursos jurisdiccionales adecuados, etc.

2) Análisis critico de las medidas concretas que la autoridad toma como política de Estado frente al fenómeno de la discriminación, especialmente el desarrollo de ellas una vez puestas en practica, evitando casos como el paraguayo donde la reforma del Código Penal generó una gran polémica pues esta ley, contenía mecanismos legales irreales para Latinoamérica e incluía otras abiertamente discriminatorias[5].

3) Figuras de la más variada índole y contenido como el acoso sexual, incumplimiento del fuero maternal, dificultades en el acceso a viviendas sociales, violencia intrafamiliar, políticas criminales respecto a la mujer delincuente, discriminación contra minorías sexuales, la problemática del consumo privado de drogas y la relación laboral, desarrollo igualitario y otras.

4) La rama del ordenamiento jurídico que vertebrará el sistema, es decir si debe considerarse el fenómeno de la discriminación como parte de alguna rama especifica del ordenamiento jurídico (civil, constitucional, administrativo, laboral, etc.) o bien debe ser tratado de manera orgánica y autónoma de modo tal que incluya no solo a la discriminación por sexo sino que a otras tales como la discriminación racial, económica, política etc.

La verdad es que si bien el concepto derecho antidiscriminatorio es reciente y complejo no debe ser confundido con sus fuentes materiales ni con los criterios que emplea; de

[5] Esta ley que reforma el código penal paraguayo, que buscaba modernizar el derecho penal y evitar discriminaciones en materia penal contra la mujer, en su articulo 262, señala que los delitos de violación, estupro, atentado al pudor con violencia y rapto, quedará extinguida la acción penal, o la pena en su caso, si el autor se casare con la ofendida, criticándose la extensión a los coparticipes; En el homicidio calificado el autor arriesga de 15 a 25 años de prisión, pero la violación acompañada de lesiones graves o muerte arriesga entre 8 a 15 años de cárcel, Lis Rodríguez afirmaba que la norma en la practica, "premiaba"al violador homicida con una rebaja de condena extractado de la revista "casi nada de Paraguay" Nº 150 Pág. 8 articulo de Maria Lis Rodríguez titulado ¡nos regalaron un caballo de Troya! De abril 1994.

modo tal que el concepto de derecho antidiscriminatorio es categórico en su contenido abstracto:

Es aquella rama del ordenamiento jurídico que vela por el respeto al principio de igualdad, a través de un control autónomo y especial del contenido de la norma o su aplicación, procediendo en caso de estimar discriminatoria una acción u omisión determinada proceder a adoptar las medidas que sean necesarias para restablecer el principio de igualdad y asegurar así la debida protección al afectado.

Este concepto de derecho antidiscriminatorio es de carácter general, pues puede ser autónomo o bien dependiente de otra rama del derecho como derecho laboral, penal, civil, administrativo, comercial, etc.

Fragmento tomado del Ensayo:
"La discriminación y el derecho a la igualdad",
de Jaime Marchant
Chile, 12.12.04
http://www.taverayasociados.net/ladiscriminacionyelderechoalaigualdad.htm
http://www.carlosparma.com.ar/pdfs/cp_d_f_08.pdf [2 noviembre 2007]