

---

# Las Clases Sociales y los Derechos Civiles: Desde Jim Crow hasta Matrimonios de Igual Sexo

RICHARD A. EPSTEIN  
Profesor de la Universidad de Chicago

La batalla sobre los derechos civiles ha sido librada por diferentes flancos en el mismo momento. Históricamente, se le dió mayor énfasis a las injusticias manifiestas que los grupos dominantes ejercían sobre otros grupos con un menor poder político. Económicamente, la discusión se ha centrado en torno a si la legislación sobre derechos civiles aumentaría o reduciría la producción. Sociológicamente, la pregunta ha sido si la legislación de derechos civiles permite superar los estamentos y proteger el sentido de comunidad entre iguales o si incrementa los niveles de conciencia de grupo, que en el fondo lleva a un tema de separación de los mismos.

En la mayoría de las afirmaciones modernas, esta búsqueda por lo racional en ningún momento ha puesto en duda la «sabiduría» e incluso la necesidad de los derechos civiles. Por el contrario, el deseo por estas leyes usualmente se considera dado, y el cuestionamiento procede entonces al momento de encontrar la base intelectual más poderosa sobre la cual las leyes puedan descansar. Pero el aumento evidente de los conflictos raciales o étnicos y la atención masiva a las diferencias de sexo o relaciones de género - incluso los términos usados en el debate dirán bastante sobre de que lado se encuentra el abogado - muestran que la antigua confianza en que estas normas se deseen de por sí, ha sido removida por una toma de conciencia, cada vez mayor, de que las cosas no resultaron tal cual como los sostenedores de los derechos civiles hubiesen deseado.

La sensación de frustración es evidente cuando no se llegan a poner de acuerdo sobre objetivos fundamentales. De un lado, los expositores usualmente dicen que el propósito de la legislación sobre derechos civiles es hacer que las instituciones y los individuos ignoren las diferencias de raza y sexo que desde un punto de vista moralmente adecuado son irrelevantes. El argumento funciona bien cuando la pregunta

es si a alguien de una clase privilegiada - usualmente pero no siempre un hombre blanco- se le debe permitir consentir un poco de discriminación contra los individuos que salen del grupo de preferencia. Pero lo irrelevante de esto rápidamente desaparece cuando la pregunta es si programas de acción deberían reparar los agravios contra grupos particulares o si las consideraciones de diversidad deberían permitir - o requerir- instituciones que tomen en cuenta problemas de raza o sexo para obtener el balance institucional interno adecuado, independientemente de si los individuos involucrados han sido blancos de discriminaciones pasadas. Estas dos concepciones se oponen completamente y han llevado al nacimiento de una serie de movidas y marañas como un esfuerzo para justificar las preferencias impuestas por el Estado que, ante los ojos de alguien sin discernimiento, pueden verse como una especie de discriminación inversa, todo por motivos que pueden variar desde lo sublime hasta lo sospechoso, dependiendo del punto de vista del interlocutor.

La máxima ambivalencia sobre la naturaleza y la justificación de derechos civiles no es fácilmente remediada y quizás ni siquiera deberíamos tratar de suplir las racionalidades necesarias. He afirmado tan abierta, frecuente y enfáticamente como he podido: estas leyes deben ser revocadas tan rápido como sea posible debido a que ellas regulan el comportamiento de los privados en un mercado laboral competitivo, e incluso en otros mercados, tales como educación y *housing*. El meollo de esta argumento es que los mercados abiertos pueden permitir que instituciones separadas y distintas fuercen sus propias políticas de discriminación.

Las preguntas candentes sobre diversidad y acción afirmativa, ya no necesitan ser eventos colectivos y los gobiernos ya no tienen que decidir, de una vez por todas, si creen en las reglas a ciegas, en la acción

positiva, diversidad o en la proporcionalidad estricta, ni van a tener que hacer el ejercicio mental necesario para defender todas estas posiciones simultáneamente. Las instituciones separadas pueden ir por su propio camino.

El máximo nivel de *output* social debería incrementarse sin el peligro de los daños colaterales y resentimientos que son traídos por formas cada vez más intervencionistas de regulaciones gubernamentales. Más importante es observar que, las instituciones verdaderas, poderosas, jerarquizadas y dominadas no podrían sobrevivir en un mundo donde la presunción no sea la del ejercicio del poder del Estado, que la ley de contratos regule los acuerdos privados, las leyes de responsabilidad extracontractual controle la agresión privada y que los funcionarios públicos actuaran de forma neutral e imparcial para con los ciudadanos con el fin de proteger todos estos derechos privados.

Sin embargo, la respuesta usual no ha sido la de sentirse derrotado y olvidar los derechos civiles, sino la de encontrar formas de empaparlas de una vida nueva y con vitalidad. Una forma de alcanzar dicha meta es, crear aquel tipo de visión respecto de los abusos es lo que le otorgó a los movimientos de los años anteriores a 1964 su gran poder moral. Creo que no es una coincidencia que la televisión pública constantemente pase los videos de Marion Anderson cantando "*My Country 'Tis of Thee*" en las gradas de la Estatua de Lincoln y reviva los primeros triunfos de *Thurgood Marshall* en *Brown vs Board of Education*. Da gran nostalgia cuando se permite la rejuvenecimiento de una fábrica social que ha crecido vieja con los *travails* de Benjamin Chavis. En general, el esfuerzo se ha orientado, a enseñar que los males del racismo y sexismo que nosotros enfrentamos hoy en día, son los mismos de antaño, solo que de forma mas sutil. Una forma de alcanzar este resultado es afirmando que hoy en día tenemos, nuevamente de una forma mas sutil, el mismo tipo de clases económicas y sociales que operaban en el Sur antiguo, durante la época de Jim Crow. Las barreras sociales y legales, que aún están en su sitio evitan que surja la igualdad social y la competencia económica, que eliminaría todos los derechos civiles ilógicos e innecesarios. Hasta que surja dicha igualdad, es necesario algún tipo de acción por parte del Gobierno, para revertir las injusticias del pasado y reestructurar la sociedad de hoy.

Creo que cualquier esfuerzo por representar la situación social actual como algo superior a las tradicio-

nales políticas discriminatorias, solo confunde el crecimiento de múltiples e inciertas fuerzas sociales con distinciones legales explícitas. Debemos cuidarnos de hacer distinciones formales entre personas, sancionadas y reconocidas por ley - una afirmación que ayuda a perpetuar las mismas distinciones de clases rígidas que una sociedad liberal debería buscar obviar. Este resultado se hace evidente en el trabajo radical de las feministas quienes buscan imponer su propia visión de lo que es una sociedad justa sobre quienes no comparten su convicciones y creencias. Pero también es evidente en el trabajo de instituciones moderadas que no tienen nada que ver con lo que hacen esas feministas.

Con una ilustración será suficiente. El desarrollo del Acta de Derechos Civiles de 1964 muestra que tan fácil es para las nociones clasistas entrar por la puerta falsa de la misma ley que fue creada para erradicarla. El texto original era el modelo de neutralidad a tal punto que la hacía ilegal para cualquier empleador - no para toda la gente, ni para todos los empleados "quien no cumpla o se reuse a contratar o despedir, o en todo caso discriminar a un individuo cualquiera... por razones de raza, color, sexo o nacionalidad" La idea de este texto es la de usar términos tan impersonales que hablen en general de una obligación universal, la sola antitesis de las clases sociales. Sin embargo bastó una decisión no analizada para que se modifiquen las bases de esta Acta, en el caso *Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green* la Corte Suprema cambió las bases del Acta de universal a particular cuando anunció que cualquier individuo podría hacer un caso (esto es iniciar un proceso judicial) «*prima facie*» de discriminación racial, demostrando que (I) pertenecía a una minoría racial; (II) que aplicaba y que estaba calificado para un trabajo para el cual el empleador estaba buscando solicitantes; (III) que, a pesar de sus calificaciones, fuese rechazado; y (IV) que luego de ser rechazado, la vacante permanecía abierta". Pero es una gran mentira declarar que sólo los miembros de grupos raciales minoritarios puedan ser víctimas de discriminación racial como principio legal, aunque estos individuos sean real y mayormente los blancos de esta discriminación. La forma casual de como la Corte Suprema impuso restricciones formales para determinar el ser considerado dentro del supuesto del acta de Derechos Civiles en el primer estadio de un caso "*prima facie*" muestra que tan fácil es introducir las distinciones de clases en una ley

que algunos años antes se había aprobado justamente para eliminarla. De el uso de clases protegidas hay sólo un paso a la idea de acciones afirmativas que al unirse, a la larga solo refuerza las distinciones de sexo y raza que el Estatuto busca eliminar.

Por lo tanto en este trabajo, yo ubico la noción de clases en dos contextos separados: en las disputas tradicionales sobre raza y sexo y en las más modernas disputas sobre la orientación sexual. En ambos casos la idea de clases y los términos mas suavizados de subordinación y jerarquía han sido usados para justificar la masiva intervención del Estado.

En todos los casos creo que estos argumentos son incorrectos. En su lugar yo diría que la idea de clases debería ser sometida a categorías basadas en las distinciones legales o formales de las personas frente a la ley.

Esta noción más limitada de clases no justifica el hecho de darle fuerza de ley a ninguna que se proponga limitar la libertad de asociación entre los individuos, así sean sus conexiones íntimas y personales, económicas y profesionales o religiosas y sociales. Pero por la misma moneda, esta concepción limitada refleja la antigua concepción de derechos civiles - una concepción que restauró en los individuos la capacidad de contratar y de formar asociaciones escogidas por ellos mismos. Juzgados bajo esos parámetros muchas leyes establecidas en los libros hoy en día resultarían ilegítimas, pues limitan el derecho de asociarse de los individuos, tal como lo fueron las leyes con Jim Crow en el Sur o como lo fueron al establecer las incapacidades legales de las mujeres en el siglo pasado.. En particular, las actuales prohibiciones actuales contra los matrimonios del mismo sexo son a su vez errores - sin importar que es lo que uno piense de la cordura y moralidad de estos matrimonios - y deberían ser revocados como contrarios al principio básico de libertad de asociación sobre el cual una sociedad liberal debería descansar. Correctamente entendida, la idea de clases sociales funciona mejor cuando se remite a su concepción original. El esfuerzo por expandir esa concepción oscurece la distinción crítica entre remover e imponer barreras estatales a las asociaciones voluntarias. La concepción liberal más antigua de derechos civiles tiene mucho más sentido que su competencia actual.

### I. RAZA Y SEXO

El primer esfuerzo por extender la noción de clases sociales mas allá de su significado formal ha sido en el campo de las relaciones de raza. Es fácil declarar las reglas de Jim Crow en el antiguo Sur como la creación de una sistema de clases sociales, hasta ese momento el sistema tenía una segregación formal en los colegios públicos, una segregación racial expresa en el transporte público y una prohibición expresa sobre el matrimonio entre razas distintas.

Kenneth Karst, un campeón de la visión comunitaria ha sostenido bien esta posición. La Corte sostuvo estas restricciones en el caso de *Plessy vs. Ferguson*, y se tomó no sólo que *Brown vs Board of Education* sino además también una serie de otras decisiones para desraizar de la vida americana la segregación. Pero la identificación de estas restricciones como abusos no necesitan ser traducidos como una necesidad de un gran gobierno. Por el contrario, la remoción de estas restricciones es perfectamente consistente con un programa de un Estado de libertad limitada, un individualista, quien de todo corazón lleve al movimiento de los derechos civiles hasta que permitan a todas las personas la misma protección de las reglas de propiedad, contratos y responsabilidad del *Common Law*, e igualar los Derechos Legales para votar y en todo caso participar en los asuntos públicos. El Primer movimiento de Derechos Civiles que se levantó para defender la capacidad de todas las personas de entrar en transacciones voluntarias, para mantener la propiedad, para demandar y ser demandado, y hasta el momento así como se pensó en crear capacidades y remover discapacidades legales, es esencialmente parte del programa individualista y liberal en el mismo, si es que no lo es en mayor medida de la agenda de Derechos Civiles Modernos.

Las normas modernas de No discriminación requieren que cada persona dentro de un grupo traten con igual respeto a las otras, sin importarles su raza, creencias, origen, sexo o religión. Estos principios están diseñados, no para continuar con los principios de libertad de asociación sino para limitar su interpretación, en efecto, al requerir que ciertas características sean consideradas como moralmente irrelevantes por los individuos en sus decisiones privadas (con el usual "remordimiento") así les guste o no. En parte esta teoría busca bajo el mismo grupo de instintos que guió a la primera ola de reformas de los derechos civiles; indica que aquellas personas (especialmente

negros y mujeres) que han sido tratadas como inferiores o subordinados en sus estatus económicos y sociales deberían recibir protección especial por parte de la ley.

Sin embargo aquí hay un quiebre fatal en el esfuerzo por unir las diferencias formales entre un estatus legal con las vejaciones económico - sociales que algunos grupos sufren o que dicen sufrir en sociedad. En efecto para lograr que los resultados dispersos de las grandes estadísticas económicas tengan éxito analógicamente a la clase. Deberíamos recordar, sin embargo que, "clase social" no es sinónimo de subpoblación. Las Clases significan algo muy específico, esto es una estructura de clases hereditaria. A pesar que mi Diccionario da como primera definición de clases una muy limitada: "Una de las clases sociales heredadas del Hinduismo." El estrés sobre las posiciones hereditarias en una clase parecen no transferirse fácilmente al medio americano contemporáneo, en el cual no hay estructuras formales (excepto claro los derechos Civiles) dado que estas presionan a la estratificación económica y social basada en características propias del nacimiento. Esto es especialmente verdadero en un mundo de matrimonios interraciales, y sin la necesidad de una traducción muy sofisticada, la centralización en posiciones hereditarias no tiene sentido con respecto a las distinciones entre hombres y mujeres.

Más importante sin embargo, es observar que las clases sociales son construcciones formales que atan privilegios explícitos a cada clase social. Pero no hay una conexión de entre identidad de grupo y posición económica. Es posible para un grupo ser el blanco de discriminación legal y subordinación de un lado, y por el otro lado ser económicamente más prósperos que los otros. Ese hubiera sido el caso en los primeros años del Régimen Nazi, de los judíos, quienes eran a «los más ciudadanos» de segunda categoría, y también el de todos los hindúes que dejaron la India y se han establecido en muchos países africanos para trabajar.

Nuestras preocupaciones sobre las diferencias y desventajas económicas no deberían hacernos cerrar los

ojos al hecho de que primero y antes que nada cualquier sistema de clases es una preocupación tradicional, con diferencias legales explícitas, sobre las capacidades o nombramientos basados en los accidentes de nacimiento: raza, sexo, religión y lugar de origen. El esfuerzo por encontrar evidencia del hecho de la discriminación no debe cegarnos frente al punto obvio que hay discriminación explícita en la Ley formal realizada por el Estado, así produzca o no desigualdades económicas, con las que a su vez son frecuentes, pero no están necesariamente asociadas. Es peligroso hacer crecer las diferencias económicas y sociales usando alguna palabra que las haga sonar como distinciones legales formales impuestas por la Ley y contra la voluntad de las partes mas limitadas y en desventaja.

Como uno podría esperar, la información económica es también engañosa. A los Africanos Americanos, no les va bien de acuerdo a las medidas estándares de éxito. El Programa para el Desarrollo de las Naciones Unidas (UNDP) ha elaborado un índice de desarrollo humano, incorporando tres elementos básicos con los cuales van a medir a varias naciones y grupos dentro de las naciones: esperanza de vida en el nacimiento, educación e ingresos. Bajo, estas medidas Estados Unidos se ubica sexto después de Japón, Canadá,

Noruega, Suiza y Suecia a pesar que las diferencias entre estos países son muy pequeñas con números que van desde 0.983 para Japón a 0.976 para Estados Unidos. Pero la historia cambia un poco cuando las divisiones se hacen en base a la raza. En esa escala los blancos americanos se mueven al primer puesto en la lista, un cambio pequeño, dadas las diferencias en el índice básico. Pero los negros americanos reciben un puntaje de 0.875, que los ubicaría en el puesto 32 de la lista de las naciones, justo después de Trinidad y Tobago, mientras que los americanos hispanos - incluyendo a muchos de los recientes inmigrantes de Latinoamérica razón por la cual la figura es sistemáticamente engañosa - estarían ranqueados 35, justo después de Estonia con un índice de alrededor de 0.87. La información le debería dar a todos una pauta. Sin embargo, el establecer una inferencia sobre clases de esta información es ignorar las enormes diferencias entre las fortunas y las expectativas de vida de las personas que caen en cualquier población - diferencias que no se han discutido en el reporte de

---

*« Las clases sociales son construcciones formales que atan privilegios explícitos a cada clase social »*

---

UNDP. Por su parte, sin embargo, la verdadera noción de una clase formal no admite estos grados de diferenciación informal; todos los miembros del grupo subordinado están forzados a viajar en la parte trasera del autobús, para poder conversar. El mismo hecho de una variación significativa en el éxito social con grupos es la misma prueba que algunos procesos son mucho más complicados que la diferenciación de clases inclusive. Por ejemplo casi no existe duda sobre el hecho que mujeres negras profesionales, ganen mucho menos dinero que lo que hombres blancos, sin ninguna especialización técnica o profesional, ganan. Estas distinciones en el ingreso relacionadas con las diferencias raciales, se atribuyen generalmente a las categorías muy generales de trabajadores que están considerados todos juntos en una misma clase: como por ejemplo el título de "contador", que cubre tanto a gente que realiza simples auditorías y como aquellas que elaboran una compleja transacción financiera.

Pero incluso si dejamos ese punto de lado, no hay razón para pensar que las diferencias económicas o de bienestar personal sean solamente, ni mayormente, el resultado de las fuerzas sociales en vez del esfuerzo individual. En particular, es un error decir que cualquier diferencia que se observe en el desarrollo de los niveles de grupo deban ser atribuidos como un tema de prácticas sociales o de estructuras institucionales. En algunas instancias las diferencias podrían bien ser atribuidas a motivaciones personales, estructuras familiares, lucha o suerte. En algún punto las consecuencias de los fracasos individuales deberían recaer sobre el individuo que fracasó, pues si no se hace esto, los incentivos para el éxito efectivamente, no existirán. Una ética de responsabilidad personal no sólo está destinada a señalar con el dolo a quienes fracasan sino que su objetivo principal el de dar a los individuos incentivos para triunfar, de tal manera que haya la necesidad de señalar el fracaso de alguien luego del hecho. La voluntad de crear una responsabilidad colectiva para los fracasos individuales tiene como una consecuencia negativa el hecho de aumentar el porcentaje de fracasos. No es posible crear los incentivos adecuados para los logros individuales recurriendo sólo a zanahorias, sin hacer mención a "palitos" (modismo inglés, usan el término "palitos de zanahorias") y no es posible el obtener la mezcla adecuada de incentivos si se apela siempre a la discriminación social como la causa de bajos rendimientos académicos y logros educa-

cionales de algunos "African - Americans". Por cierto por lo menos veinte años de políticas agresivas para hacer cumplir las leyes sobre derechos civiles, diseñadas especialmente para eliminar tales discriminaciones sociales y "distinciones de clases" han logrado reducir muy poco las tendencias de preocupación en estas estadísticas. Las fuentes de las actuales dificultades sociales no pueden ser explicadas recurriendo sólo a la noción de clases.

Las prácticas sociales actuales están siendo inconsistentes con la idea de que los "African-Americans" son víctimas de las distinciones de clases en este país. Por cierto, mientras que los "African-Americans" están experimentando menores niveles de éxito de acuerdo a las medidas económicas estándares, hay al mismo tiempo un conjunto de programas sistemáticos, tanto públicos como privados, que discriminan en su favor sobre la base de su raza. Muchos de los programas públicos de acción afirmativa o de diversidad introducen nociones explícitas de clases permitiendo a los *African American* algunas ventajas basadas en la raza que serían denegadas para otros. Estoy muy presionado por identificar cualquier sistema real de clases en la historia del mundo que haya tenido programas de acción afirmativa para miembros en desventaja. Los resultados son una rara yuxtaposición de fenómenos: evitando fortunas económicas para *African Americans* al mismo tiempo que se implementa un nivel constante o en aumento de ventajas legales para ellos. Es difícil ver como un retorno a los antiguos principios de libertad de asociación y de igualdad de todas las personas ante la ley podrían hacer mucho para alterar la situación hacia algo peor.

La información económica de clases respecto a mujeres es mucho más sospechosa. Al ver el reporte de UNDP, uno podría pensar que hay un mayor escándalo cocinándose en el mundo. Cuando la UNDP se tira abajo su HDI por sexo (Índice de Desarrollo Humano), nos viene con una conclusión categórica: "Ningún país trata a sus mujeres, tan bien como trata a sus hombres" que a su vez es falsa y vacía. Para apoyar estas conclusión se requiere romper su propio HDI por sexo y se nota el país ubicado en el primer lugar, Suecia, su HDI es de 0.977 sobre todo y 0.921 para mujeres mientras que para los Estados Unidos los montos comparables son de 0.976 para todos y caen a 0.824 para las mujeres. Parece ser que algo anda mal, ya que la medida indica que la posición de las mujeres norteamericanas está por debajo de los ciu-

daños de países como Trinidad y Tobago, Estonia, entre otros. De hecho, la posición de la mujer norteamericana promedio está justo por debajo del promedio de un ciudadano de Polonia y Georgia, ambos han estado mucho tiempo bajo reglas comunistas. Debido a que las mujeres en estos países están claramente mucho peor que los hombres, pareciera que una mujer norteamericana estuviera mucho peor que los hombres en Rumanía y Albania, a pesar que estos números, felizmente, no están incluidos en el reporte.

Claramente hay algo raro sobre este ordenamiento, y es fácil ver que es lo que es. El reporte UNDP utiliza, irónicamente, una metodología analítica centrada en el sexo masculino: en la medida que la mujer sea mas parecida al hombre, se la considera mas exitosa. El reporte no hace ningún esfuerzo por reconocer las contribuciones económicas realizadas por mujeres de forma desproporcionada - contribuciones que no están contenidas dentro de su información limitada. Mientras que el reporte UNPD insiste en que lo que está en cuestión es la vida de

los seres humanos, su tratamiento de las diferencias de sexo hace burla de ese reclamo. Viendo esta estadística basada en el sexo es claro que las mujeres viven mas que los hombres - y que las diferencias son mayores entre los negros que entre los blancos - y que los niveles de educación de las mujeres son también mayores. El UNDP les da a todas las mujeres de los Estados Unidos un 103.0% de expectativa de vida - siendo el 100% la paridad con los hombres - y un 101.6% de educación. Entonces todos los porcentajes negativos vienen de los indicadores económicos de los productos domésticos brutos ajustados, donde las mujeres norteamericanas representan un 48.7% con relación al 100% de los hombres. De hecho que si reflexionamos un poquito en esto nos daremos cuenta que algo está mal en estos datos ya que como es posible que las mujeres tengan mayor esperanza de vida y mejores niveles educacionales si su ingreso es la mitad del que reciben los hombres?

Lo que está faltando en el reporté es la noción de las unidades de familia en donde se da la cooperación en la producción y en la distribución, aquí las mujeres invierten mucho más de su tiempo en el trabajo de

sus casas, por el que no reciben ningún pago por parte de un tercero. Este trabajo genera muchos aportes como ingresos, los mismos que las mujeres comparten con sus esposos y sus familias, así como los esposos comparten sus salarios basados en el mercado con sus esposas y sus familias. Se crea un fondo entre los ingresos y las ganancias de los intercambios. Una historia similar se deberá contar cuando se examinan los ingresos de las bolsa de valores y de los bonos. No he realizado ningún trabajo cercano sobre este tema, pero gracias a información obtenida del New York Stock Exchange, se sugiere que el hombre promedio tiene un portafolio de alrededor de \$13,500 de capital, mientras que las mujeres tienen un portafolio un poco más pequeño de un poco más de la mitad de \$7,200. Pero una vez más los datos requieren de una corrección, ya que la pregunta clave para los ingresos sociales no es quien recibe los cheques de dividendos sino quien los gasta y con que fines. El mismo tipo de redistribución informal que se realiza en las familias inmediatas - y ampliadas - con los ingresos ganados, ocurre también con ingresos invertidos: hay muchas redistribuciones en las familias que no son captadas por las estadísticas oficiales; los proble-

mas se complican aún más con los complicados patrones de los derechos de supervivencia que se aplican a los capitales sustanciales que se ubican en las pensiones o depósitos privados. Hay más ventanas que ventaneros en los Estados Unidos y la protección entre esposos por lo general se ranquea más alto que el paso de la riqueza a la próxima generación en los ojos de los más decentes. Yo no estoy en ninguna posición para conducir un estudio empírico necesario para determinar las actuales divisiones y el control efectivo de la riqueza por sexo en nuestra sociedad. Pero las figuras de la expectativa de vida y de educación de hecho nos dan alguna idea que esta redistribución es sustancial, ya que es difícil de comprender como es la que las mujeres pueden hacer tan bien como grupo si solo tienen tan pocos ingresos con los cuales trabajar.

Desafortunadamente, los reportes de la UNDP no hacen ningún esfuerzo por incluir ninguno de estos efectos, y mas bien hace todo el esfuerzo por ignorarlos cuando concluye que: " En los países industrializados, la discriminación por género (medida por la HDI) se da mayormente en el

---

*« Cómo es posible que las mujeres tengan mayor esperanza de vida y mejores niveles educacionales si su ingreso es la mitad del que perciben los hombres »*

---

empleo y en los salarios, donde las mujeres por lo general obtienen menos de dos tercios de las oportunidades de empleo que los hombres y aproximadamente la mitad de las ganancias de los hombres". Incluso dentro del sector pagado, no se hace ningún esfuerzo por hacer ajustes que tomen en cuenta los años de experiencia, de educación especializada o de horas destinadas al trabajo. Para darles una idea de que tan desorientados están los datos de la UNDP, tenemos que mejores estudios de comparaciones determinan que las diferencias entre hombres y mujeres, cuando las calificaciones para los trabajos se mantienen constantes, son a los mucho 10 a 15%, e incluso que la diferencia desaparece cuando el estado marital se toma en cuenta: "Mujeres que nunca se han casado han recibido históricamente salarios muy poco comparables al de los hombres".

Las conclusiones de la UNPD sobre el estatus diferencial de hombres y mujeres entonces no tienen valor alguno. Ellos son desorientadores y abiertamente perjudiciales. Mas aún para nuestros propósitos mundanos, ellos no ahondan en la idea que las mujeres son una clase subordinada «pro un milímetro». Sobre todo hay muy poca distancia con la idea de usar las clases sociales como una manera de alcanzar las diferencias sociales y económicas que se encuentran en los miembros de la sociedad. En este sentido, yo creo que hay muy poco para ganar al usar la idea de clases como justificación una ley de no discriminación que ha sido diseñada, no para eliminar las barreras formales de asociación y de intercambio, sino para pasar por encima de su propia concepción de libertad de asociación que debería descansar sobre el corazón de cualquier orden racional liberal.

## II DISCRIMINACION Y PREFERENCIAS SEXUALES

Las ilustraciones mas claras sobre argumentos de clases se dan en el contexto de las preferencias sexuales. En el presente hay un buen número de litigios y disputas sobre los derechos legales de gays y lesbianas en los Estados Unidos. En un nivel las demandas son por las libertad de asociación - esto para que el

Estado reconozca haga cumplir los matrimonios del mismo sexo en los mismos términos y condiciones en que reconoce y hace cumplir las disposiciones para los matrimonios entre hombre y mujeres. Aquí la preocupación es paralela a las restricciones formales de los matrimonios interraciales. Por lo tanto, es casi adecuado el discutir el hecho de que estas restricciones formales por lo menos aumentan el espectro de diferencias de clases entre personas. Pero al mismo tiempo hay una preocupación equivalente tanto por extender la protección de la norma de no discriminación en el empleo y *housing*, por ejemplo para los gays y lesbianas. En esencia, el esfuerzo por remover las barreras formales a los gays y lesbianas está acompañado por un ataque en las barreras informales también.

La acumulación de estos dos programas en un mismo paquete crea todo tipo de tensiones que son muy bien usadas en los procesos judiciales extraordinarios que se han realizado en Colorado sobre su reciente referéndum constitucional - Enmienda 2\* - previniendo a los gobiernos estatales o locales de dar normas antidiscriminatorias que trataría a los gays, lesbianas y bisexuales como clases protegidas de la discriminación en empleo y *housing* o incluso cualquier otra forma de discriminación. La Corte Suprema de Colorado, recientemente se trajo abajo la Enmienda 2 sobre las base que el Estado no había podido demostrar un interés del Estado que obligue a justificar la violación de la enmienda sobre el derechos de aquellos afectados por la provisión de participar igualitariamente en los procesos políticos.

En un sentido, la decisión que invalido la Enmienda 2 tiene alguna semejanza con una de las decisiones mas importantes y controversiales de la Corte, *Warren, Reitman vs. Mulkey*. El tema en ese caso fue una enmienda a la Constitución de California, aprobada por Referéndum. La enmienda decía: "Ni el Estado ni alguna subdivisión o agencia deberá denegar, limitar o reducir, directa o indirectamente, el derecho de ninguna persona, que está dispuesta o que desea, vender o arrendar cualquier parte o toda su propiedad real, el declinar vender o arrendar dicha propiedad a determinada persona o personas tal como ella con su absoluto discernimiento escoja".

---

\* La provisión dice: «No existe status protegido basado en la orientación homosexual, lesbiana o bisexual.- De ninguna forma el Estado de Colorado a través de cualquiera de sus ramas o departamentos así como tampoco de sus agencias, subdivisiones políticas, municipalidades, o distritos escolares; puede adoptar, dejar sin efecto o reforzar ningún estatuto, regulación, ordenanzas o norma consuetudinaria de grupo basada en la orientación homosexual, lesbiana o bisexual; conductas, prácticas o relaciones que pueden constituir o de alguna forma ser la base de la clasificación de ninguna persona o clase de personas, por tener un status minoritario, con preferencias basadas en número, situación protegida o rasgo de discriminación. Esta sección de las Constitución debe ser aplicada por sí misma sin necesidad de leyes que la desarrollen».

La provisión no se aplicaba a las propiedades del Estado.

En el caso *Reitman*, la Corte se tiró abajo la provisión basándose en que al incorporar la provisión en la constitución el Estado "autorizaba" las formas de discriminación que habían sido prohibidas anteriormente en las *Actas de Unruh y Rumford*, que necesariamente fueron obviadas por la nueva provisión constitucional. Como es típico en decisiones constitucionales dudosas, la Corte se negó a encontrar que cualquier examen de dispositivo existía para demarcar la acción del estado de la acción privada, en cambio anunciaron que todo dependería en «barajar los hechos y sobrepasar las circunstancias.» Pero de hecho esta idea de autorización del Estado se extiende a tal punto de ser inútil para tomar cualquier decisión. La autorización normalmente connota una situación en la cual una persona autoriza a otra para que actúe en nombre de ella, de tal manera que los actos del agente sean entonces suficientes para obligar al principal. Sin embargo, esta provisión adecuadamente exceptuó la propiedad del Estado de su ámbito. Más aún, incluso si el Estado autorizaba los actos autónomos de sus propios ciudadanos, a través de esta provisión, ¿cuáles actos autorizaría? - sólo los que involucren discriminación racial contra clases preferidas? o aquellas que discriminan a su favor? o aquellas decisiones que implican el seguir una política ciega de vender o de arrendar? Estas políticas son diametralmente opuestas unas de otras y es mucho más acertado el insistir en que el Estado no autorice ninguna de pretender autorizar todas. Las decisiones para excluir o incluir se hacen por los individuos en formas de preguntas. Su cumplimiento solo puede ser exigido por el Estado, quien no toma una posición más allá de su deseo intrínseco tal como lo hace cuando solemniza un matrimonio entre dos personas de la misma raza, ninguno de los cuales, por principio, se casaría con una persona de una raza distinta. Desde mi punto de vista, las provisiones iniciales de las *Actas de Unruh y Rumford* debieron ser eliminadas por ser formas ilícitas de acciones del Estado que interferían con los derechos de libertad y propiedad de los individuos, de tal manera que el referéndum correctivo no hubiera sido necesario del todo. Pero como si era necesario, *Reitman* siguió la línea establecida originalmente por *Shelley vs. Kraemer y Barrows vs. Jackson* y buscó eliminar la distinción público-privada bajo una cláusula que apuntaba a constitucionalizarla.

Esta tradición constitucionalista hace difícil el pensar en el sentido de la Enmienda 2. En principio, los antecedentes bajo cuyas reglas se ha evaluado la enmienda, son críticas para la investigación. Tal como he argumentado, las condiciones adecuadas son aquellas que permitan a los individuos privados el escoger a las personas con quienes deseen asociarse y tratar. Por lo tanto decir, que cualquier persona puede rechazar el lidiar con gays o lesbianas no es decir mucho. Todos los individuos también tienen el derecho de rechazar el relacionarse con heterosexuales o incluso cualquier otra sub clase de la población general. Desde este punto de vista, por lo tanto la Enmienda es prácticamente innecesaria por lo que solo confirma un conjunto de derechos que son universalmente aceptados.

Este simple acercamiento no funcionará en un mundo en el cual las normas de no discriminación sea considerada como superior al principio de libre asociación. Si la ley dice ahora que uno no puede discriminar por raza, etnia, sexo, edad, religión o discapacidad, entonces porque individualiza la orientación sexual como un área en la cual se permite que el antiguo principio de libertad de asociación se mueva completamente entre dos antagonistas tradicionales: criminalización de la relación y la ordenanza de la no discriminación. Visto en este sentido, el mismo pasaje del referéndum podría ser visto como un esfuerzo por imponer ciudadanía de segunda clase en algunas personas en beneficio de otras. Por cierto, fue solo este argumento el que llevó a la Corte Suprema de Colorado a que insistiera en que la Enmienda sea sujeta a un escrutinio estricto, incluso después de que *Bowers vs. Hardwick* aparentemente cerró la puerta para cualquier escrutinio ordinario por las mismas razones de protección. A pesar que las decisiones de Colorado establecen que lo que está en juego no son las relaciones entre gays y lesbianas como tal sino sus conexiones en su participación en el proceso político; la Enmienda 2 individualiza al tipo de personas (sean gays, lesbianas y bisexuales) que se beneficiarían de las leyes que contengan cierta discriminación basadas en orientación sexual. Ningún otro grupo identificable se enfrenta a esa carga (la posibilidad de ningún otro grupo se ve limitada de participar en los procesos políticos de esta manera).

Pronto, los hombres gays, las lesbianas y los bisexuales serán dejados fuera de los procesos políticos a tra-



vés de la denegatoria de tener una voz efectiva en el escrutinio requerido, por qué los procesos políticos normales ya no operan para proteger a estas personas. En vez, ellos, y solo ellos, deberán enmendar la constitución del Estado para buscar legislación que les sea beneficiosa a ellos.

Precisamente por este estándar se dice que la Enmienda nace muerta. Pero la pregunta es por que este estándar debería ser aplicado. Si la Enmienda 2 fuera confinada a los partidos privados solamente, entonces en un mundo de libertad de asociación, la Enmienda sería redundante e innecesaria y el argumento de la individualización, que creció en la opinión decaería. Precisamente debido a que se tiene a los derechos de asociación en tan baja estima, los defensores de esta Enmienda, por lo menos como se solicita por los privados son ahora una opción cruel. Para defender los derechos de libertad de asociación, ellos tendrán que hacerlo aparecer como si cosecharan un ánimo especial contra los grupos que reclaman la protección de la ordenanza de la no discriminación. Ya no es posible discutir simplemente que la gente debería poder escoger el asociarse con ciertos individuos y no con otros sin necesidad de dar razón alguna por su opción. En vez de ellos, los propulsores de la enmienda deberían dar explicaciones largas y elaboradas de porque algunos grupos no son buenos, de acuerdo a ciertos estándares públicos, como garantía de la existencia del mismo nivel de protección para con otros grupos. El efecto neto, por lo tanto, es el invitar tanto al testimonio como a la réplica sobre el tema de si la conducta homosexual es o no es inmoral o si está o no en contra del interés público. Mas aún, debe ser así no a nivel de debate público, sino en el contexto de testimonios de expertos en el ámbito de una Corte – el lugar menos adecuado para tener un debate tan sensible sobre temas sociales tan sensibles. El no poder apoyarse en la libertad de asociación significa que todos los rechazos a la asociación deben ser por algún motivo, de tal manera que los individuos y grupos que deseen que se les dejen en paz ahora se comprometen a una tarea muy desagradable de difamación de grupo para poder alcanzar ese simple objetivo. El punto es que todo ese proceso sanciona un cierto nivel de retórica antigay y antilesbiana, que mejor se deja sin mencionar en los establecimientos públicos.

Importando retórica de este tipo en los procesos políticos con las justas puede hacerse algo para construir el fuerte sentido de respeto mutuo sobre el cual se

supone que las comunidades políticas descansan. Por supuesto, hay razones para creer que solo puede hacerse las cosas peor. La posición tradicional de individualismo tiene una gran virtud hasta el momento debido a que no une la libertad de asociación al endoso del principio de no discriminación de los derechos civiles. Hoy muy comúnmente se asume que las proposición que “A tiene el derecho de hacer X” trae dos implicancias: primero, que nadie puede castigar o demandar a A por haber hecho X, y segundo que nadie puede discriminar en contra de A en cuestiones personales o de negocios por haber hecho X. Por ejemplo, una vez decidimos que la gente no podía ser castigada porque habían usado drogas en algún momento, por lo tanto hemos decidido necesariamente que los empleadores privados y los arrendadores no podrían discriminar a la gente por estas razones. Igualmente, una vez decidimos que la conducta homosexual no es criminal, luego estamos necesariamente comprometidos a respetar la proposición que los empleadores y los arrendadores no podrán discriminar contra gays y lesbianas en sus relaciones privadas, ni por tal motivo, podrán los empleados y los arrendadores discriminar en su favor.

La conexión aquí es desafortunada porque, a pesar de otras cosas, alienta a la resistencia del primer paso – legalización y reconocimiento – por el temor a que siga el segundo paso – asociación forzada.

Por ejemplo, la pregunta de la legalidad de los matrimonios del mismo sexo ha logrado su camino hasta el frente de la agenda constitucional. Los argumentos a favor de su legalización, son fuertes dentro de la teoría política. El principio de libertad de asociación no es más débil en los temas de asociación conyugal, que lo que es en los temas de asociación comercial, e incluso puede ser más fuerte en el sentido de que puede resistir la regulación, incluso con compensaciones. Pero para nuestros propósitos, la clave es que los foráneos no pueden utilizar su propio rechazo por las prácticas, ni sus fuertes objetivos y convicciones religiosas, como razones públicas para interpretar estas uniones como ilegales. De seguro que el principio de “Ofensa” no podrá ser usado para evitar que las parejas gay y lesbianas normalicen sus relaciones por un contrato. Una vez que se permita que las parejas de un solo sexo usen las herramientas contractuales ordinarias que les ayuden a mantener cierta estabilidad en sus relaciones, será difícil ver por qué el Estado podría denegarles la oportunidad de introducir en sus relaciones el mismo nivel de permanencia y

estabilidad que las sanciones estatales le dan a los matrimonios entre sexos distintos. Luego, se podría decir que se debería conceder a estas parejas todos los beneficios que el Estado otorga a los matrimonios, como son: un estatus de preferencia en lo que son las leyes de inmigración, arreglos para la custodia, aplicación de las leyes de control de rentas, y en el área de la herencia.

Este último grupo de demandas, creo, que no pueden ser opuestas en base a que una cosa es para el Estado el suprimir un arreglo y otra muy distinta el que el Estado tenga que colocar su sello de aprobación en todos los arreglos, lo que parece ser lo que el reconocimiento demanda. Aquella pregunta de conferir beneficios, significa mucho menos en el contexto de un Estado, dado su poder monopólico sobre el conjunto de licencias relevantes, de manera tal que la pregunta clave – al menos para los que están a favor de un estado liberal – es si el Estado manipula las preferencias privadas a través de las diversas formas de libertad de asociación, lo que de hecho está haciendo cuando le da a un tipo de unión conyugal una situación preferencial que sistemáticamente se le deniega a otras. El argumento liberal e individualista para matrimonios del mismo sexo es bastante poderoso y es similar al argumento que está en contra de las limitaciones de los matrimonios entre distintas razas, que fueron removidas cuando la Corte Suprema declara las leyes antimestizaje inconstitucionales. Con las justas debería importar que hay mucha gente que se ofende profundamente por cualquiera de las formas de unión o quienes las consideran como la violación de toda creencia religiosa sagrada. A ellos no se les pide que participen de este tipo de uniones, y bajo la teoría liberal no se les podría forzar a entrar en ninguna de las asociaciones o lo que fuera de gente que si quiere pertenecer a ellas.

El reto esta en si el caso de los derechos de homosexuales y de matrimonios del mismo sexo deberían saltar los dos obstáculos de un solo brinco. Primero, la libertad de asociación sería preservada y se le daría el mismo nivel de protección que otras uniones. Pero luego, las protecciones usuales de las leyes de no discriminación serían impuestas de manera tal que las personas en tales relaciones no podrían ser sujetos de discriminación en el empleo o para alquilar inmuebles. Si se toma el segundo paso por necesidad, entonces de repente habría allí una buena razón para mantener las relaciones homosexuales ilegales si es que la alternativa es que un religioso fundamentalista sea obligado a arrendar su

apartamento del segundo piso a una pareja de gays una vez que su conducta sea penalizada o que su matrimonio sea solemnizado.

Desde mi punto de vista, sería un mundo mucho mejor, si el dueño pudiera mantener y actuar en su propia moral y religión en estos temas, incluso si los académicos y legisladores concluyen que estas creencias no descansan en ningún principio racional que sea capaz de articularse con los no creyentes. Los escrúpulos religiosos y morales, jamás deberían limitar la libertad de asociación de gays y lesbianas: las personas religiosas no tienen por que estar mas libres de tolerar comportamientos ofensivos que el resto de la población, y si tienen que lidiar con la exigencia de los contratos de matrimonios de igual sexo y con el reconocimiento privado de estos contratos, luego, tendrán que aceptar los matrimonios también. Pero por lo mismo, los individuos deberían estar posibilitados de apoyarse en sus propias creencias religiosas y morales, por mas imperfectas que otros puedan creer que son, de modo que ordenen y organicen sus propios asuntos. Ningún principio de valores comunitarios debería alentar a ninguno de los grupos a que confíe tanto en sus propios preceptos morales, que esté dispuesto a imponérselo tragar a aquellos infortunados que no estén de acuerdo con ellos. Ambos lados deberían poder defender el uso de sus propias creencias bajo el principio de libre asociación. No hay razón alguna para cambiar de un mundo en el cual se les da muy poca protección a las parejas e individuos homosexuales a un mundo en el que se les de demasiada protección.

## CONCLUSION

Creo que algunas lecciones importantes podrían aprenderse de esta disertación con las clases como el principio generativo principal detrás de las leyes de no discriminación. El punto central involucra la relación entre las prohibiciones legales y las distinciones sociales. Ha estado muy de moda en los debates políticos y legales el establecer la distinción entre lo jurídico y los hechos, entre las diferencias legales formales y los equilibrios sociales. El ataque popular, sin embargo, tiene su apelación mas grande luego que las limitaciones de la libertad de asociación y de participación política son removidas, no antes. Una realización muy triste por lo general sigue a esta remoción de las limitaciones – el hecho que curas sociales no son tan rápida o fácilmente logradas solo

por que las diferencias en los estándares de vida, opciones ocupacionales, valores culturales, estatus sociales y formas de vida sobreviven a la remoción de las limitaciones legales y porque estas diferencias prueban ser más difíciles de erradicar, incluso si su erradicación es deseable. Pero la situación se ve marcadamente diferente, mientras las disfunciones legales estén todavía en su sitio, pues entonces se convierte en casi coherente, si no atractivo, el asertar que todo lo que se pide es que se remuevan las limitaciones legales de participación en varias formas de vida social y política. Piense en lo que ya no tendremos: no habrá programas sociales gigantescos que requieran el aumento masivo de los impuestos o esquemas de regulaciones muy entrometidos; sin privilegios especiales; sin campañas sociales para decidir que individuos o grupos fueron víctimas de discriminación, cuales fueron los perpetradores de esa discriminación y quienes son los inocentes que se encuentran en el medio de las facciones políticas. El programa parece prometer grandes ganancias a un pequeño costo. Podría ser fácilmente endosado con algo más que la simple justicia como su guía.

La campaña completa para la abolición de Jim Crow y la campaña que está viniendo para el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo, ambas caen en esta tradición. Pero ellas son de alguna forma parejas bastante dispares. Jim Crow es un legado de la esclavitud y de la dominación que trabajó sobre la vida y fortunas de un grupo de individuos quienes fueron excluidos de la participación formal en los procesos políticos. Con los matrimonios del mismo sexo, las prohibiciones y restricciones son dirigidas a los individuos quienes frecuentemente son altamente calificados y exitosos, con prosperidad económica, cierta voz en los procesos políticos y - paradójicamente - una clase protegida bajo las leyes de la no discriminación. La demografía y las posiciones de los dos grupos podrían escasamente ser más diferentes, y se duda que cualquier alianza política entre ellos pueda ser más que un arreglo de conveniencia a corto plazo, dadas estas diferencias en las posiciones sociales y en las aspiraciones personales. Sin embargo, es justamente debido a que cada grupo en su propio ámbito, se topa con problemas legales, que pueden reclamar por una misma causa. Un buen liberal que cree que todas las personas tienen la misma capacidad de tomar sus decisiones asociativas para gobernar sus propias vidas debe soportar estas campañas. Casi no interesa que el o ella tenga alguna simpatía con los fines y aspiraciones

de los individuos a quienes se les deniega los incidentes ordinarios de ciudadanía plena.

Una vez que las disfunciones legales han sido removidas, entonces vemos emerger un esfuerzo para analogar distintas diferencias económicas y sociales a las diferencias legales formales capturadas en la idea de clase. Es justamente en este punto, que los movimientos de los derechos civiles modernos caen en su más grande desatino. La información económica en cuestión frecuentemente es muy difícil o imposible de interpretar, o son interpretadas o muchas veces mal interpretadas, desde un punto de vista que magnifican las diferencias que ya sea que no existen o que podrían ser explicadas, al menos en parte, por las diferencias de educación, entrenamiento, aptitudes o inclinaciones. Incluso cuando algunas diferencias injustificadas continúan persistiendo, es difícil de identificarlas o saber exactamente que pasos deben ser tomados para contra restarlas. La constante ha sido que los prejuicios irracionales sean los que han llevado la batuta a la hora de emplear o de arrendar, por lo que todo lo que se necesita hacer es convertir al comportamiento irracional ilegal. ¡Como si eso fuera muy sencillo! El número de casos de irracionalidad pura que saltan en la práctica son muy reducidos, especialmente en relación al gran tamaño de las tensiones y conflictos sociales. Las reformas que son muy alardeadas cuando se aprueban, luego son incapaces de cumplir con las promesas que exceden sus capacidades. El efecto neto de una ley de no discriminación, por lo tanto, es el introducir un mayor costo e inseguridad en el proceso, para provocar respuestas evasivas por las firmas que temen un entrapamiento de la ley y para crear resentimiento por parte de aquellos que creen que la Ley ha hecho mucho o muy poco para conseguir un balance a nivel social. En una palabra, el tamaño de la torta se reduce cuando su distribución sea escasamente mejorada.

Estos efectos son, desde mi punto de vista, una consecuencia inevitable de cualquier visión filosófica que combata las diferencias económicas y sociales con barreras legales formales. Lo que se necesita, por tanto, es un cambio agudo en la orientación intelectual. Es crítico el defender la libertad de asociación de todos los individuos. Es igualmente crítico "to decouple" las dos preguntas totalmente diferentes, que hoy en día se encuentran amontonadas bajo la misma bandera de los derechos civiles: capacidad civil y discriminación. Los Gobiernos deberían con-

centrarse en la protección de los primeros y abandonar el querer conseguir lo segundo. En una sociedad tan diversa como la nuestra, cualquier esfuerzo por imponer un solo estándar de comportamiento social correcto respecto a la opción de asociación, está condenado a llevar a infinitos conflictos sobre su propia articulación. Es una solución mucho mejor el permitir que los individuos vayan por su propio camino, seguros sabiendo que tendrán la protección de la ley en cuanto a sus libertades de asociación. Ese fue el mensaje original de la ley de los derechos civiles, y ese debería ser el mensaje del movimiento de los derechos civiles. [15]