

Libertad y no-discriminación. Alcances de jurisprudencia interseccional*

***Liberdade e não-discriminação. Alcances
de jurisprudência interseccional***

***Liberty and non-discrimination. The scope
of intersectional jurisprudence***

*Kalpana Kannabiran***

*Somos millones y millones y nosotros somos los verdaderos dueños de la India.
Recientemente se ha puesto de moda hablar de "Quit India" (Renunciemos a la India).
Espero que esto sea sólo un escenario para la verdadera rehabilitación
y reasentamiento de los pueblos originarios de la India.
Dejen que los británicos renuncien.
Después de eso, los que lleguen que renuncien también.
Entonces todos ellos quedarán detrás de los pueblos originarios de la India.*

Jaipal Singh, representante de las tribus aborígenes de Nagpur,
11 de diciembre de 1946, *Debates de la Asamblea Constituyente* (1989:46 y 47).

*Una constitución es un documento político que le da contenido jurídico a un conjunto
de derechos preexistentes, garantizados políticamente por las luchas populares.
Los derechos siempre han sido conquistados, nunca otorgados.*

* El texto que presentamos es parte de la introducción a un libro que se editó en la India, bajo el sello de Routledge, en 2012, con el nombre de *Tools of Justice. Non-Discrimination and the Indian Constitution*. Su aproximación a los temas de la discriminación, la violencia y la justicia son no sólo pertinentes sino indispensables para el debate latinoamericano actual. No había sido traducido al español, ni editado en otra forma. La traducción del inglés al español estuvo a cargo de Raquel Sosa Elízaga. Se publica con la autorización de la autora (N. de la T., responsable del número).

** Socióloga y jurista india. Profesora e investigadora de la Universidad de Hyderabad. Directora del Consejo de Desarrollo Social. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Sociología.

La libertad fue un triunfo de la gente sobre los británicos y no nos fue concedida por el Acta de Independencia de la India de 1947.

K. G. Kannabiran, *Los saldos de la impunidad: poder, justicia y derechos humanos en India* (2003:41).

Resumen

Este trabajo introduce una reflexión sociológica y jurídica en el estudio y las posibilidades de superación de la discriminación y la violencia en sociedades cuyo pasado colonial y comunal está vinculado a su presente neoliberal. Se confronta el impacto de la discriminación con la libertad, sus objetivos y límites, recuperando el espíritu que animó la Constitución de 1949 de la India, en lo que puede denominarse como insurgencia constitucional o una nueva moral constitucional.

Palabras clave: Constitución, libertad, discriminación, violencia, derechos, justicia, insurgencia constitucional.

Resumo

A autora introduz neste texto uma reflexão sociológica e jurídica sobre o estudo e as possibilidades de superação da discriminação e da violência nas sociedades cujo passado colonial e comunal encontra-se entrelaçado com o presente neoliberal. Explora as relações entre os limites de liberdade e os alcances da discriminação, e propõe, recuperando o espírito que deu lugar à Constituição Indígena de 1949, o que pode se denominar revolta constitucional ou uma nova moralidade constitucional.

Palavras chave: Constituição, liberdade, discriminação, violência, direitos, justiça, revolta constitucional.

Abstract

This paper introduces a sociological introspection and a judicial review to overcome discrimination and violence in societies whose colonial and communal past is tied up with the current neoliberal trend. It explores the relationship between the limits of liberty and the scope of discrimination. And it proposes –something to be referred as– a constitutional insurgency or a new constitutional morality by looking into the elements that made possible the Indian Constitution of 1949.

Keywords: Constitution, liberty, discrimination, violence, rights, justice, constitutional insurgency.

La Constitución de la India da voz a la imaginación contra-hegemónica sobre la justicia, arraigada en movimientos de resistencia y tradiciones argumentativas que han florecido en la región en diferentes momentos de la historia; para su comprensión son esenciales, por lo tanto, la ubicación histórica y la especificidad. La idea de la moralidad constitucional signa la inauguración de la modernidad, de un nuevo orden social en el subcontinente, distinto del orden colonial, así como del orden social previo al colonialismo. Dada la realidad del orden social en el que se introdujo la Constitución, ésta ha enfrentado sin cesar crisis precipitadas por el conflicto entre el *statu quo* y la moralidad constitucional; por las tensiones entre múltiples identidades; por las resoluciones de una gobernabilidad que clasificó, delimitó y separó a los ciudadanos sin haberlos definido claramente, pero entre quienes incluyó a las personas con discapacidad, los intocables, los transgéneros, los tribales (registrados y no

registrados, primitivos y asimilados, forestales y nómadas), las minorías y así sucesivamente. Este superficial listado oficial de los ciudadanos hace evidentes las jerarquías de la ciudadanía y la política de despojo y exclusión, impugnadas sin descanso por activistas y comunidades que libran dramáticas y radicales luchas en el proceso de creación de nuevos medios de “comunicación constitucional” (Samaddar, 2004) y en los debates acerca de una nueva Constitución.

En este contexto florece otra historia del constitucionalismo: para las clases históricamente oprimidas el constitucionalismo mantiene sus promesas de cambio. Este trabajo rastrea los significados jurídico/legales de la discriminación y el entrelazamiento de la discriminación con el derecho a la libertad personal. Explora las posibilidades de utilizar el poder constituyente de la Constitución para ofrecer una interpretación dinámica de la no discriminación en la ley. La relevancia de este proyecto radica en la creciente magnitud de la violencia excluyente en contra de una serie de grupos marginados –una base social que está constantemente en la espiral de la exclusión, en cuyos márgenes se descubren más y más grupos. ¿Qué significa un compromiso crítico con la ley en el contexto de la perpetración rutinaria de atrocidades contra comunidades enteras?

Se puede argumentar que este Estado de exclusión es un resultado predecible desde que se estableció la estructura de la burocracia en todos los niveles, y de la judicatura a nivel estatal y distrital. Es una herencia colonial, al igual que las leyes civiles y penales del país. Esto da lugar a una estructura de clases y a un aparato de Estado muy complejos, históricamente específicos y contruidos sobre los intereses en competencia de la burguesía metropolitana, la burguesía nativa y los terratenientes (Alavi, 1972). Sin embargo, la diferencia importante es que, en primer lugar, hubo un cambio en cuanto a mantener simplemente la ley y el orden a comprometerse o participar en el desarrollo del trabajo (Chatterjee, 1997:6); y en segundo lugar, aunque nominalmente eran las mismas, las leyes ahora estarían enmarcadas en una nueva constitución, y debían ser atemperadas por y reinterpretadas de acuerdo al espíritu de la Constitución.

La relación entre constitucionalismo, colonialismo y violencia fundacional es importante. La centralidad de las tradiciones interpretativas coloniales y la excesiva confianza en los precedentes (incluso precedentes coloniales) interrumpen el desarrollo de la jurisprudencia constitucional transformadora:

La urdimbre y el conjunto de nuestro sistema legal fueron establecidos en lo general durante el período británico. Las premisas básicas del sistema establecido por los británicos eran los de su propia sociedad y su objetivo era fortalecer los cimientos de su imperio (...) Después de la independencia, preparamos y adoptamos una Constitución orientada a la creación de una sociedad socialista basada en nuestra

propia tradición y en los valores humanos básicos (...) Sin embargo, la estructura del sistema, sobre la que se colocó la corona de la Constitución, era totalmente disonante con su espíritu básico (...) En consecuencia, grandes montañas de violación a la Constitución y los derechos humanos pudieron permanecer ocultas detrás de las pequeñas pajas del marco legal (Comisionado de Castas y Tribus Registradas [*B. D. Sharma Report*], 1990: párrafo 7).

Las sociedades metropolitanas, que pulieron a la perfección las modernas nociones del constitucionalismo en su país, pusieron simultáneamente en su lugar al proyecto de “racismo legal epistémico” en las colonias. En otras palabras, las nociones liberales de régimen legal se desarrollaron en las metrópolis al mismo tiempo que se perfeccionaba el reino del terror en el resto del mundo (Baxi, 2004). Esta conexión se manifestó de forma diferente a otro nivel. La inauguración del constitucionalismo después del derrocamiento del régimen colonial (o la “transferencia de poder”, como se le llama a menudo en el subcontinente indio) coincidió con la violencia fundacional de la partición. Si bien este tipo de violencia, de la que el colonialismo también fue cómplice, sirvió como telón de fondo para la elaboración de la Constitución en la India, los recuerdos de la violencia desatada durante el nacimiento de la nación reverberan a través del proceso de interpretación constitucional hasta bien entrada la era post-colonial; forman parte importante de la herencia constitucional de las generaciones post-libertad. Sin embargo, “el constitucionalismo indio como conjunto de prácticas estatales formativas pasa fatalmente por la responsabilidad de la memoria” (Baxi, 2008:12).

El comunalismo, la violencia comunitaria y el desarrollo del mayoritarismo hindú en la India –representados por la violenta movilización Hindutva alrededor de Ayodhya desde 1984, la demolición del Babri Masjid y la consiguiente violencia que produjo mil 700 muertos en Ayodhya y más de 5 mil heridos en todo el subcontinente en diciembre de 1992 e inmediatamente después, y la masacre de musulmanes en Gujarat en 2002–alimentan esta historia de polarización violenta, aun cuando las cortes constitucionales absorban acriticamente las distorsiones ahistóricas y sus *lapses* de memoria. A través de “interpretaciones” con débil validación histórica, que de manera profundamente problemática confrontan la mitología (Rama)¹ con la historia (Babar), construyeron una ideología política específica (Hindutva) como la esencia de la religión hindú.² La resolución de 2010 del Tribunal Superior de Allahabad, que se basó en la “fe y la

¹ Ram Janmabhumi se asumió como el lugar de nacimiento de Rama, deidad hindú, de acuerdo con el Ramayana, que lo sitúa a orillas del río Sarayu, en la ciudad de Ayodhya, en Uttar Pradesh. En el lugar se construyó en 1568 una mezquita musulmana, Babri Masjid, que fue destruida luego de una revuelta hindú en que se involucraron 150 mil personas, en 1992. Este hecho ha dado lugar a innumerables enfrentamientos entre hindúes y musulmanes (N. de la T.).

² El comunalismo es el antagonismo colectivo organizado alrededor de identidades religiosas,

creencia de los hindúes”, hizo más patente la ahistoricidad del reclamo de Ram Janmabhumi.³ Esto, a pesar de las palabras de cautela con que la Corte Suprema se refirió a las secuelas de la demolición de Babri Masjid, en el sentido de que la “cultura del derecho en la República Democrática de la India debiera basarse en líneas seculares”,⁴ así como del reconocimiento de la Corte de que “la fuerte conciencia religiosa no sólo estrecha la visión, sino que estorba el cumplimiento de la ley”.⁵ Como sostiene Baxi, “se mantienen muy pocos espacios originarios, aparte de la cristiandad, ya sean viejos o nuevos, para cualquier articulación de la laicidad constitucional poscolonial”. No obstante, la Constitución “multirreligiosa” de la India

presenta la redacción de derechos de diversas maneras. Restringe significativamente la libertad religiosa de la mayoría de las comunidades de fe ‘hindúes’ al rechazar algunas prácticas ancestrales de ‘intocabilidad’ en el lenguaje constitucional de proscripción (...). Más aún, la forma de redactar los derechos humanos expresa la abrumadora y comprensible preocupación (dada la partición del Holocausto) por el pleno reconocimiento de los derechos colectivos de las minorías religiosas, aun cuando éstos se encuentren manifiestamente en conflicto con las lógicas, paralógicas y retórica de los derechos humanos consagrados por la Constitución (Baxi, 2008:19).

La amnesia que la política de dominación impone sobre la conciencia pública requiere constante reiteración del simple hecho de que la Constitución de la India, como el ave fénix, imagina un orden social que celebra la libertad, el pluralismo, la no discriminación y la justicia –un orden que desplaza las faltas de libertad internas a la sociedad, así como la falta de libertad de la colonización. La comprensión de la libertad en este contexto tiene que situarse dentro de la constelación de fuerzas histórico-socio-políticas que dieron lugar a las condiciones específicas de falta de libertad y a la resistencia

lingüísticas y/o étnicas (Ludden, 1996:12). Cfr. *Manohar Joshi v. Nitin Bhaurao Patil* (1996), AIR (SC) 796 para la interpretación de Hindutva por las cortes.

³ *El caso Ayodhya*: otra Demanda Original (O.O.S.) No. 1 de 1989 (Juicio Regular No. 2 de 1950), Gopal Singh Visharad entonces fallecido y revivido por Rajendra Singh v. Zahoor Ahmad y otros; Otra Demanda Original No. 3 de 1989 (Juicio Regular No. 26 de 1959), Nirmohi Akhara y otros v. Baboo Priya Datt Ram y otros; Otra Demanda Original No. 4 de 1989 (Juicio Regular No. 12 de 1961; Concejo Central Sunni de Waqfs, U. P. y otros v. Gopal Singh Visharad (entonces fallecido) y otros; Otra Demanda Original No. 5 de 1989 (Juicio Regular No. 236 de 1989), Bhagwan Sri Ram Lala Virajman y otros v. Rajendra Singh y otros. Y en la Corte Suprema de la Judicatura de Allahabad (Banca de Lucknow), dictamen emitido el 30 de septiembre de 2010.

⁴ *S. R. Bommai y Otros Etc. v. la Unión de la India y Otros Etc.* (1994), AIR (SC) 1918, párrafo 114.

⁵ *S. R. Bommai y Otros Etc. v. la Unión de la India y Otros Etc.* (1994), AIR (SC) 1918, párrafo 116.

contra ella. Por ejemplo, la Constitución de la India prohíbe las prácticas de discriminación, la intocabilidad y el trabajo forzoso a través de la aplicación horizontal y vertical de los derechos. Registros oficiales hechos públicos por la burocracia, el poder judicial y colectivos ciudadanos que algunas veces actúan de manera concertada con ellos, proporcionan una extensa documentación de las formas en que las derogaciones continúan fijando parámetros –la documentación constitucional misma, por tanto, adquiere un carácter insurgente y rebelde.

El hecho de que esta administración insurgente haya sido posible debiera llevarnos a explorar las formas en que los tribunales y una burocracia insurgente⁶ pueden adoptar la idea de la jurisprudencia insurgente (frase de K. G. Kannabiran) para institucionalizar la no discriminación y el derecho a la libertad, en el proceso de reimaginar la ciudadanía democrática y reinventar el Estado. Explorar la idea de la insurgencia, recuperándola del monopolio del discurso estatista militar y por tanto, revalorizándola, ayuda a resucitar y desarrollar las posibilidades radicales del constitucionalismo. En esto me refiero al trabajo fundacional de Ranajit Guha, quien considera a la insurgencia campesina contra la opresión de los gobernantes coloniales, así como contra las clases dominantes locales, fundamentalmente como una lucha por la justicia “el sitio donde (...) dos tendencias mutuamente contradictorias (...), es decir, una tendencia conservadora formada por el material heredado y acriticamente absorbido de la cultura dominante, y una tendencia radical, orientada a una transformación práctica de las condiciones rebeldes de existencia –[encuentran] para una prueba de fuerza decisiva” (Guha, 1983:11).

Upendra Baxi (2008) se basa en el pensamiento de B. R. Ambedkar y Antonio Negri para articular la idea de la insurgencia constitucional. Ambedkar plantea una contradicción entre la política por un lado, que valida la no discriminación –“un hombre, un valor”–, y la vida social y económica, por otro, que refuerza la discriminación. Negri describe la dialéctica entre el poder constituido (que niega la política) y el constituyente (de la multitud que lucha incesantemente para crear nuevos mundos de vida). La idea misma de la Constitución, en opinión de Baxi, involucra a su “otro”, es decir, las insurgencias constitucionales.

Esto es especialmente relevante en un momento en que el Estado gestor neoliberal, regulado por el libre mercado, está desmantelando al Estado de bienestar en el norte

⁶ Esta aproximación traza una conexión inmediata y cotidiana entre la ley y su aplicación. La crítica de Arendt al gobierno por la burocracia, dada la ilimitada posibilidad de esta última de ejercer el poder sin rendición de cuentas, así como su desprecio por la ley debido a la distancia entre la ley y su aplicación, es extremadamente relevante para imaginar una burocracia insurgente. *Cfr.* Arendt (1976:243-249).

y al desarrollo en el sur (Butler y Spivak, 2007:80), y desmembrando las fronteras entre las economías estatales y el capital global. Los intentos de los movimientos populares de arrebatar derechos fundamentales a un Estado renuente y ausente incluyen la exigencia de la constitución y de la reinención del Estado, intentos que, al decir de Spivak, “[van] más allá del Estado-nación en regionalismos críticos” que combaten al capitalismo global (*Ibid.*:77 y 78).

Las luchas en torno al “desarrollo” proporcionan una ilustración útil de la relevancia de la idea de la insurgencia constitucional. El denso discurso del desarrollo es tan internamente diverso, irónicamente, como la impresionante biodiversidad de nuestros bosques, colinas y tierras boscosas (aunque no en cualquier lugar tan energizante como podría serlo la biodiversidad, si se conservara). Para comenzar, hay varias maneras de abordar el “desarrollo”. La apelación dominante del término es “desplazamiento”, “grandes represas”, “degradación ambiental”, “revolución verde”, “crecimiento económico”, minería, la apropiación de los conocimientos indígenas, la liberalización del comercio y la globalización. Algo embozado por la fuerza devastadora de este discurso del “desarrollo” –que incluye tanto su práctica como la resistencia en su contra– se encuentra en el “otro desarrollo” – que comprende la sostenibilidad, permacultura,⁷ el enriquecimiento de los sistemas ecológicos y los sistemas de conocimientos tradicionales–, pequeño, aún por determinar, lucha por encontrar la supervivencia, la voz y visibilidad.

Es con referencia a la criticidad de los derechos socio-económicos de la supervivencia y la dignidad, y a la centralidad del acceso irrestricto a los derechos socio-económicos, que Kannabiran ha argumentado insistentemente contra la interpretación reductiva de la parte IV de la Constitución de la India, que se refiere a los principios fundamentales de la política estatal, en *status* nominal de no exigibilidad. Al establecer una distinción entre exigibilidad judicial y exigibilidad política, él sostiene que los principios rectores requieren de la atención urgente y continua de los gobiernos, ya que

son disposiciones expresas contra la concentración de la riqueza y la desigual distribución de los recursos materiales de las comunidades en detrimento del bien común; colocan al gobierno bajo la obligación de vigilar constantemente el bienestar de la gente, garantizándole justicia social, económica y política incontrovertible; aseguran que personas de diferentes grupos de edad no sufran abusos y no sean forzadas por necesidades económicas para entrar en ocupaciones inadecuadas para su edad y condición física; imponen al Estado la obligación de eliminar las desigualdades de *status*, instalaciones y oportunidades a personas que residen en diferentes áreas (K. G. Kannabiran, 2010:1 y 2).

⁷ Desarrollo de la agricultura en búsqueda de sustentabilidad y autosuficiencia (N. de la T.).

Si utilizamos los marcos de este “otro desarrollo” como nuestro punto de partida, difícilmente puede negarse que el pluralismo y la diversidad (de todas las formas de vida) deben estar en el núcleo de la idea de desarrollo.⁸

Una mirada cercana a las luchas por la supervivencia y la dignidad de las comunidades y los practicantes del “otro desarrollo” (excluidos y alejados de la norma de manera sistemática) destaca la inaccesibilidad práctica de la justicia como un problema central. Si bien es importante considerar al desarrollo como libertad, y hacer un mapa cuidadoso de las formas en que el desarrollo puede lograrse a través de la realización de capacidades,⁹ es necesario también volver a examinar los obstáculos a la libertad y a la realización de las capacidades en su especificidad histórica y social, así como comprender las formas en que nuestro orden político y social engendra el desarrollo del subdesarrollo y la falta de libertad (para recordar un debate mucho más viejo).

Dos signos distintivos de la moralidad constitucional

Los fundamentos de jurisprudencia constitucional relativos a la no discriminación pueden ser explorados productivamente en el contexto de la historia intelectual de la libertad en el subcontinente –libertad respecto al dominio colonial, a las castas, a la colonización interna, al sometimiento sexual, a las discapacidades y libertad respecto al mayoritarismo religioso. Pese a que el preámbulo a la Constitución de la India pudiera reflejar el sueño de la Revolución Francesa, en el contexto actual la discusión del preámbulo no necesita confinarse a ese marco y a sus fundamentos ideológicos, que sólo enmascaran una potencialidad muy diferente a la que la Constitución de la India contiene. Al tomar esta diferente ruta, es necesario revalorizar los ideales del preámbulo, en un intento por establecer signos históricamente distintos a los de la Revolución Francesa.¹⁰

Para el presente ejercicio son pertinentes dos signos distintivos que Ambedkar planteó durante la presentación del proyecto de Constitución. El primero se basa en las observaciones de George Grote sobre la moralidad constitucional en el contexto de

⁸ El foco de atención se coloca en la dimensión humana del pluralismo y la diversidad, primero, porque no tengo los conocimientos especializados para mirar otras formas de vida y, segundo, porque la Constitución se refiere expresamente a la dimensión humana. La segunda dificultad no es insuperable, en especial después de que la Suprema Corte de Justicia de Delhi, en su decisión sobre el caso de la Fundación Naz (*Naz Foundation case*), extendió el constitucionalismo a la consideración de analogías. Sin embargo, este ejercicio debe esperar para otro momento. Ver *Naz Foundation y Otros v. Gobierno de NCT de Delhi y Otros*, (2009) (160), *Delhi Law Times*, 277.

⁹ Para decirlo brevemente, en pleno reconocimiento de su importancia, esta perspectiva cuenta con un enorme *corpus* de escritos, en especial los de Martha Nussbaum y Amartya Sen.

¹⁰ La estrategia de la revalorización de conceptos tiene una historia que se remonta a la impugnación de Jain a los sistemas de conocimiento brahmánico en la India antigua (Zwilling y Sweet, 2000).

la democracia ateniense: “La difusión de la moralidad constitucional, no sólo en la mayoría de cualquier comunidad, sino a través del conjunto, es la condición indispensable de un gobierno a la vez libre y pacífico; ya que incluso una minoría poderosa y obstinada puede hacer impracticable el trabajo de una institución libre, aunque no sea lo suficientemente fuerte como para conquistar ascendencia para sí misma” (Ambedkar, 2002b:484).

Pero esto no era todo. El Estado libre tenía que tener ciudadanos con “el hábito de la libre expresión, de la acción sujeta sólo a un control legal definido, y la censura sin límites a esas mismas autoridades, así como a todos sus actos públicos, combinada también con una perfecta confianza en (...) que las formas de la Constitución no serían menos sagradas a los ojos de sus adversarios que a los suyos propios” (*Ibid.*).

La idea de la libertad que señala el recuento de Ambedkar sobre la Constitución es una en la cual el ciudadano libre es indispensable al Estado libre. Claramente distinta a la noción liberal de la libertad, la escuela neo-romana de pensamiento incorpora la libertad de un ciudadano libre en el Estado libre (Skinner, 1998:23). “Sólo es posible ser libre en un Estado libre”, regido por representantes del cuerpo político que puedan evitar recurrir a cualquier forma de arbitrariedad, porque eso reduciría el cuerpo político a una de las varias formas de servidumbre pública (*Ibid.*:49 y 60). “Vivir en una condición de dependencia es en sí mismo una fuente y una forma de coacción. Tan pronto como uno reconoce que está viviendo en una condición tal, esto servirá por sí solo para restringir el ejercicio de una serie de derechos civiles (...) vivir en tal condición es sufrir una disminución no sólo de la seguridad de la propia libertad, sino de la libertad misma (*Ibid.*:84).¹¹

El encuadre de la moralidad constitucional en términos de la idea de libertad, y el encuadre de la libertad dentro del más amplio marco neo romano, en lugar del comparativamente restrictivo marco liberal clásico, permite una reevaluación del derecho constitucional a la libertad con relación a las condiciones de la libertad.

El segundo signo distintivo se refiere a la cuestión de la protección de las minorías contra la discriminación por la mayoría:

En este país, tanto las mayorías como las minorías han seguido un camino equivocado. Es un error que la mayoría niegue la existencia de las minorías. Es igualmente incorrecto que las minorías se perpetúen a sí mismas. (Debe encontrarse) una solución tal que permita a las mayorías y a las minorías fundirse eventualmente en una sola (...) La

¹¹ En contraste, el liberalismo clásico, de acuerdo con Skinner, plantea que “la fuerza o la amenaza coercitiva de la misma, constituyen las únicas formas de constricción que interfieren con la libertad individual” (1998:84).

mayoría debe comprender su deber de no discriminar a las minorías. El que las minorías continúen o se desvanezcan, dependerá de este hábito de la mayoría (Ambedkar, 2002b:486-487).

Es evidente, a partir de los debates sobre las minorías en el subcomité de la Asamblea Constituyente, que la referencia a las minorías en la elaboración de la Constitución de la India no se restringió a las minorías religiosas, sino a todas las clases que habían sido discriminadas y empujadas a una posición de marginalidad (Rao, 1968). Este “hábito de discriminación” es el problema que más le preocupaba a Ambedkar. Por lo demás, en el contexto específico de las castas, él habló de lo indispensable que resulta el “cambio de nociones” para la aniquilación de las castas (Ambedkar, 2002a). La asimilación completa del hábito de la discriminación produce un cuerpo político esencialmente antidemocrático, por lo que, para Ambedkar, requiere de la prescripción constitucional de una estructura administrativa apropiada y de un aparato que, junto con los derechos fundamentales y los principios rectores, garantice la consolidación de la moralidad constitucional –marco moral en el que el cuerpo político debe ser educado.

El esquema de la moralidad constitucional presentado por Ambedkar aborda el imperativo de la insurgencia en la Constitución, y busca erosionar, en esencia, la norma de la discriminación incrustada en el cuerpo político, una norma evidente en la asunción del liberalismo de (la existencia de) un “todo social perfectamente igualitario” (Brown, 2001:20 y 21). Tomando distancia de la usanza tradicional, Young propone el despliegue de la opresión como un concepto estructural que “designa la desventaja y la injusticia que sufren algunas personas (...) (a causa) de normas incuestionables, hábitos y símbolos arraigados en los supuestos y reglas institucionales subyacentes y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas” (1990:41). Este concepto de opresión tiene cinco caras: explotación, marginación, ausencia completa de poder, imperialismo cultural y violencia. Centrarse en la categoría de opresión al mirar al constitucionalismo (una importante forma de discurso político) es útil porque involucra el análisis y la evaluación de estructuras sociales y prácticas incompatibles con el lenguaje del individualismo liberal –estructuras y prácticas que constituyen la discriminación (*Ibid.*). La moralidad constitucional, entonces, es una parte intrínseca del proyecto más amplio de la moralidad en la política, que alimenta una vida intelectual liberadora y la posibilidad político-democrática enraizada en la lucha político-democrática.

Definir la discriminación

¿Cuál es la definición de discriminación adoptada por la Constitución de la India? En las dos primeras cláusulas del artículo 15 de la Constitución de 1950 que se refieren a la discriminación se lee:

Artículo 15:

- 1) El Estado no discriminará a ningún ciudadano a causa sólo de su religión, raza, casta, sexo, lugar de nacimiento, o cualquiera de ellos.
- 2) Ningún ciudadano podrá, a causa sólo de su religión, raza, casta, sexo, lugar de nacimiento o cualquiera de ellos, ser sometido a cualquier incapacitación, responsabilidad, restricción o condición con relación a su:
 - a) acceso a comercios, restaurantes públicos, hoteles y lugares de entretenimiento; o
 - b) el uso de pozos, tanques, albercas, escalones que llevan a ríos para bañarse, carreteras y lugares de entretenimiento mantenidos total o parcialmente con fondos públicos o destinados al uso del público en general.

La cláusula primera se refiere a la aplicación vertical del derecho a la no discriminación, esto es, entre el Estado y el ciudadano; la segunda alude a la aplicación horizontal de este derecho, de los ciudadanos *inter se* (entre ellos). El artículo 17 prohíbe la práctica de la intocabilidad en cualquier forma –una disposición orientada a disciplinar tanto al Estado como al ciudadano. La clave del significado de la frase “no discriminará” en la cláusula 15 (1) está contenida en la cláusula 15 (2): “(...) no podrá ser sometido a cualquier incapacitación, responsabilidad, restricción o condición (implícitamente perjudicial) a causa sólo de su religión, raza, casta, sexo, lugar de nacimiento, o cualquiera de ellos”, que pudieran tipificarse como discriminación. La idea de la libertad es invocada al investir a la “discriminación” con un significado: la sustancia de la cláusula 15 (2) es que no puede limitarse la libertad de ningún ciudadano por los motivos especificados. Si nos remitimos a las cláusulas (3), (4) y (5) del artículo 15,¹² y dado que la discriminación es una conducta limitante que opera tanto directa como indirectamente, el remedio también requiere de la creación de disposiciones especiales para combatirla. Los términos “discriminación protectora” y “discriminación compensatoria”, utilizados en la jurisprudencia y en el análisis constitucional para describir estas disposiciones, deben ser problematizados como contradicciones entre términos que crean la posibilidad discursiva de la equivocación sobre la importante cuestión de las reservas.

¹² Cláusula 15 (3). Nada en este artículo previene al Estado de la necesidad de tomar medidas especiales sobre las mujeres y los niños. (4) Nada en este artículo o en la cláusula (2) del artículo 29 podrá prevenir que el Estado tome medidas especiales para el desarrollo de cualquier clase de ciudadanos social y educacionalmente rezagados o para las castas y tribus enlistadas. (5) Nada en este artículo o sub-cláusula (g) del artículo 19 podrá prevenir que el Estado tome medidas especiales, por ley, para el desarrollo de cualquier clase de ciudadano con rezagos educativos y sociales, o para las castas o tribus enlistadas, en tanto que tales medidas especiales se relacionan con su acceso a instituciones educativas, incluyendo a instituciones educativas privadas, ya sean apoyadas o no por el Estado, salvo en el caso de la minoría de instituciones educativas a que se refiere la cláusula (1) del artículo 30. Ver *Constitución de la India* de 1950.

Una legislación más reciente, en particular la propuesta de enmienda al Acta sobre Personas con Discapacidades, adopta la definición de discriminación establecida por la Convención de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidades (NUCPDPD). Al igual que la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (CEDM), NUCPPDP proporciona una definición amplia e inclusiva de la discriminación: “toda *distinción, exclusión o restricción* (...) que tenga el efecto o propósito de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio (...) sobre una base de igualdad (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales en lo político, económico, social, cultural y civil o en cualquier otro campo”.¹³ La lectura combinada de los artículos 15 (1) y 15 (2) de la Constitución de la India produce el mismo resultado, como podría demostrarse mediante una rápida comparación.

Las causas también están especificadas en la protección contra la discriminación. Hasta hace muy poco, las cortes aplicaban estrictamente estos criterios para determinar si un caso de discriminación podía sostenerse o no. Además, la discriminación sólo podía sostenerse si había ocurrido con relación a *una* causa específica, esto es, con relación a la raza, la religión, el sexo, la casta o el lugar de nacimiento. Pese a que el argumento de que es necesario definir la discriminación de manera que se “concentre en el *impacto* (es decir, el efecto discriminatorio), más que en sus *elementos constitutivos* (es decir, las causas de la distinción)” ha sido bien recibido,¹⁴ las causas, lejos de ser sólo una construcción jurídica, sirven para “separar a personas que experimentan discriminación de aquéllas que no la experimentan”, y “reflejan una realidad política y social que la ley ha reconocido tardíamente” (Pothier, 2001:41).¹⁵

Así, pese a que está prohibido especificar las causas de la discriminación, el artículo 15 precisa como categorías desfavorecidas las relacionadas con las mujeres (minorías sexuales desde 2001), las castas y tribus registradas, y económica y socialmente rezagadas; o bien, donde sea que la Constitución se refiera a minorías. Existe, por lo tanto, un horizonte estrecho en el modo en que se construyeron las protecciones contra la discriminación en la India. Ello se debe a que los liberales desinflatron las previsiones de protección al basarse en el lema: “todos tienen *el mismo derecho* a no ser discriminados”. El marco de definiciones relacionadas con la discriminación en la Constitución es claramente inequívoco. Sin embargo, la centralidad de las

¹³ Estas dos partes de la protección contra la no-discriminación también han sido vistas por la Corte como sujetas a distintas estrategias interpretativas, donde la prueba de un estricto escrutinio aplicaría a las derogaciones que infrinjan la libertad –cláusulas 15 (1) y (2), pero no a las leyes de acción afirmativa. *Fundación Naz y Otros v. Gobierno de NCT de Delhi y Otros* (2009) (160) DLT277.

¹⁴ *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades*, artículo 2, en <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>>.

¹⁵ Justice L'Heureux-Dube en *Egan v. Canada* [1955] 2 S.C.R. 513 en 545, ver Pothier (2001).

causas en la definición de la discriminación y la aplicación exclusiva de causas en la jurisprudencia constitucional de la India, en que se rechazan las reclamaciones si se consideran interseccionales, puede viciar el espíritu de la Constitución. Es necesario, por tanto, combinar los efectos discriminatorios con las causas a fin de ampliar creativamente el alcance de la protección y enfrentar la experiencia normal de discriminaciones múltiples e interseccionales. Al referirse a la situación canadiense, Pothier hace las siguientes observaciones:

Como mujer con una discapacidad (...) no puedo experimentar jamás la discriminación de género de otro modo que no sea el de una persona con una discapacidad; no puedo jamás experimentar una discriminación por discapacidad de otro modo que no sea el de una mujer. No puedo desagregarme a mí misma, ni podría hacerlo quien llegara a discriminarme. Yo no encajo en las discretas cajas de las causas de la discriminación. Aun cuando un solo motivo de discriminación parezca relevante, me afecta como una persona completa. Si soy excluida o marginada de algo debido a mi discapacidad, también estoy excluida o marginada como mujer y viceversa (*Ibid.*:60).

El enfoque basado en los efectos, en combinación con la especificación de las causas de la discriminación, fue adoptado en las deliberaciones de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de la India. La discriminación fue definida por su efecto en “grupos que sufren carencias”, de la siguiente manera:

‘Grupo que sufre carencias’ quiere decir un grupo de personas en desventaja y/o que sufre de deterioro de sus capacidades, y/o que no puede acceder a las oportunidades, derechos de propiedad y/o derechos existentes disponibles bajo la ley, programas y/o políticas de gobierno. Un ‘Grupo que sufre de carencias’ se define por cualquiera de los motivos expresos o implícitos sobre la base de los cuales la discriminación está prohibida (...) y es identificado a través de la aplicación de un ‘Índice de Privación’ (Khaitan, Yadav y Kannabiran, 2009).¹⁶

Podemos, en primera instancia, identificar a los “grupos que sufren carencias” por medio de la Constitución, y luego, extender la definición más allá de ese marco, a partir de la lógica de esa identificación.¹⁷ El Índice de Privación consistió en indicadores amplios de carencias que pudieran ayudar a identificar a los grupos demandantes de

¹⁶ Ver también “Equal Opportunity Commission Bill”, en <http://www.minorityaffairs.gov.in/sites/upload_files/moma/files/pdfs/eoc_wwwwh.pdf>.

¹⁷ Al identificar a los posibles demandantes de igualdad de oportunidades, el Grupo de Expertos de la Comisión de Igualdad de Oportunidades fue más allá en el problema de la exclusión en las causas señaladas en el artículo 15 (1), en parte porque incluyó a la discapacidad dentro del campo de la discriminación, pese a que la discapacidad no figuraba como motivo establecido en el artículo 15. La causa de la orientación sexual, a pesar de haber sido discutida, tuvo que esperar a *Fundación Naz y Otros v. Gobierno de NCT de Delhi y Otros* (2009) (160), Delhi Law Times, 277.

igualdad de oportunidades: indicadores tales como la falta de representación, los prejuicios o estereotipos negativos y la evidencia de rezago. Este índice sería específico de cada región, medido sobre la base de la evidencia de cada región, y sería actualizado y revisado periódicamente.

La delimitación que B. D. Sharma hace de las carencias es mucho más matizada, ya que enlaza el problema de la discriminación con la cuestión de la libertad. Para Sharma, las carencias incluyen: a) el no reconocimiento de los derechos sobre los recursos y las restricciones a su uso; b) la alienación de los trabajadores respecto a los medios de producción; c) la negación del debido derecho al trabajo; d) el trueque de la libertad personal, y e) el estado psicológico de aceptar la carencia y el despojo como justificados y adecuados, y la renuncia a la autoestima y la dignidad (Comisionado de Castas y Tribus Registradas [*Informe B. D. Sharma*], 1990:párrafo 13).

Ambos intentos de definir las carencias se concentran no en los actos individuales de discriminación sino en la desventaja histórica o actual que no necesita pasar por la prueba de la técnica jurídica (ver Lacey, 1995:112-119). En muchos ámbitos de la vida social, la discriminación es la norma. La política de exclusión crea una disyuntiva entre la protección estatutaria contra la discriminación y la construcción social de la misma. “Las concepciones descriptivas y prescriptivas de ‘la norma’ se ensombrecen unas a las otras, generando la renuencia a concebir lo estadísticamente normal del mismo modo que lo legalmente proscrito: la normalidad descriptiva confiere legitimidad” (*Ibid.*:103).

Más aún, el problema de la discriminación relaciona a los diferentes “grupos que sufren carencias” a lo largo de ejes que se interseccionan (dalit, musulmanes, mujeres adivasi, por ejemplo). Diversas estrategias de despliegue mantienen a la discriminación en su lugar –la exclusión de la representación en el Poder Judicial es una estrategia común y muy importante. Hay, pues, una experiencia compartida de discriminación, aun cuando haya especificidades que surgen de historias y locaciones particulares.

Enfatizar las estrategias de dominación, su desplazamiento y múltiples objetivos de dominación, pondría más claramente en evidencia la intersección de los ejes de la discriminación. Podríamos reflexionar, por ejemplo, en la textura del poder en la relación (discursiva y física) entre el heterosexual dominante, con un cuerpo sano, que es mayoritario, y un dalit, adivasi, mujer musulmana, persona transgénero o persona con discapacidades.

Sobre la libertad

El artículo 21 de la Constitución de la India dice: “Ninguna persona podrá ser privada de la vida o de su libertad personal, salvo de acuerdo a procedimientos establecidos

por la ley”. No está de más, al referirnos a la libertad, recordar el análisis de Bauman sobre el panóptico de Bentham como modelo de mini-sociedad, precisamente porque nos detalla las formas específicas en las que la discriminación restringe la libertad:

Algunos actores son más libres que otros: la discriminación en el grado de libertad asignado a diversas categorías de actores es la materia misma con que se moldea el sistema social. La discriminación precede a la acción (...) En lugar de ser un resultado inesperado de la interacción entre agentes ‘fenomenológicamente iguales’, libres de manera similar, el orden social es algo que algunas personas establecen para otros (...) Si bien es cierto que ‘los hombres hacen a la sociedad’, también es cierto que algunos hombres hacen el tipo de sociedad en la que otros hombres deben vivir y actuar. Algunas personas establecen normas, algunas otras personas las cumplen (Bauman, 1997:23).

La discriminación –en especial sobre la base de casta y género– y la resistencia a ella han sido teorizadas de maneras muy complejas por filósofos anti-casta, y antes que ellos, por la primera ola de feministas en el subcontinente indio. Este considerable *corpus* de escritos ha jugado un papel fundacional (aunque en gran parte no reconocido) en la enunciación de la no-discriminación en la Constitución, y ha subrayado las conexiones entre la discriminación y la pérdida de la libertad. Aquí, la negación de la libertad inaugura la discriminación y proporciona el contexto socio-político para su perpetuación. Este punto se ilustrará con más detalle a medida que avancemos.

Al trabajar sobre la Constitución, sin embargo, los tribunales han prestado poca atención a las complejas interconexiones entre la discriminación y la negación de la libertad, en particular, a la relación entre el contexto condicionante y el reclamo específico de justicia. Debemos valorar en especial el modo en que Kannabiran delineó el derecho a la libertad y su crítica a la interpretación constitucional sobre esta cuestión en la India. Él describe la abrogación del sistema constitucional de valores, incorporado a la parte IV de la Constitución, como “insurrección perpetua del gobierno contra su propio pueblo” (K. G. Kannabiran, 2003:34). El fracaso del sistema judicial para percibir el papel transformador de los principios rectores es evidente en la negativa de los tribunales –que se ha prolongado durante más de una década y media–, a asignar cualquier función interpretativa a estos principios. “Sin esta percepción –dice Kannabiran– cada cuestión planteada, cada disenso y cada movimiento político era considerado como un problema legal y de orden público, y tratado como tal” (*Ibid.*:40). Nunca hubo, en su opinión, algún reconocimiento a los contenidos políticos de la libertad en la adjudicación de validez a las restricciones a esa libertad. Este argumento, en cierto sentido, me ha servido como punto de partida para este trabajo.

Pese a que la detención preventiva y el encarcelamiento de presos políticos sirven como ejemplos de la restricción a la libertad, y a que el amordazamiento de la disidencia

sirve como ejemplo clásico del contenido político de la libertad, las conexiones que Kannabiran establece entre los principios rectores y el derecho a la libertad deben destacarse todavía más.¹⁸ ¿Quiénes son las personas a las cuales la aplicación de los principios rectores para su supervivencia con dignidad es crítica?

Mi argumento central es que sólo podemos comenzar a entender el artículo 15 de la Constitución y sus alcances si trazamos un nexo jurisprudencial entre el artículo 15 y el artículo 21, es decir, entre la no-discriminación y el derecho a la libertad. En el desarrollo del texto,¹⁹ exploraré este argumento con referencia a seis grupos: personas con discapacidad, dalits, adivasis, minorías religiosas, mujeres y minorías sexuales, en ese orden.²⁰ También es importante para este ejercicio la definición de la condición de la libertad en cada uno de estos seis contextos. Para anticipar mi argumento, mientras que la no-discriminación podría ser un *tropo* compartido, la libertad presenta caras claramente distintas en cada uno de estos contextos. Y mientras que la cuestión de la libertad figura evidentemente en las exigencias de no-discriminación, la conexión nunca se establece. En cambio, tenemos la norma “desagregativa” de interpretación que se basa en una lectura reduccionista del fragmento constitucional “a causa sólo de su religión, raza, casta, sexo, lugar de nacimiento o *cualquiera de ellos*”.²¹

Por otra parte, he comentado que espero demostrar a través de este proyecto que analizar la libertad y la no-discriminación como categorías entrelazadas nos ayuda a comprender la complejidad de la discriminación y también las maneras en que la desagregación de la discriminación en la ley produce efectos contraproducentes que refuerzan aún más las ideologías y prácticas de la discriminación. El argumento aparente es ejemplo de ello; el argumento de la doble ventaja, que avanzó en el

¹⁸ No obstante que la relación entre no-discriminación y libertad estuvo en el corazón de su trabajo, Kannabiran –como abogado y filósofo– se quedó corto al trazar esta relación en detalle, enfocándose más bien en la *igualdad* y la libertad, y señalando las limitaciones del discurso constitucional sobre la igualdad. Yo argumento que tales limitaciones son inevitables cuando la no-discriminación se envuelve en la igualdad, porque esta aproximación trunca el espacio discursivo al extraer de él la experiencia de la violencia, la exclusión y la atrocidad. Entre 2008 y 2010 tuvimos varias discusiones extensas y mutuamente enriquecedoras (de las que este trabajo hace eco) sobre la distinción entre no-discriminación e igualdad, y las interconexiones entre libertad y no discriminación, que estuvieron en el fondo del razonamiento de Kannabiran respecto a la centralidad de los principios rectores. Los argumentos aquí presentados intentan construir a partir del trabajo de K. G. Kannabiran y llevarlo más adelante.

¹⁹ Se refiere al texto completo de 2012: Kalpana Kannabiran, *Tools of justice...*, New Delhi, Routledge (N. de la T.).

²⁰ Éstas son, por supuesto, categorías amplias, y dentro de ellas existe mayor “necesidad de claridad sobre precisamente cuáles son los grupos sociales más carentes, y cómo llegaron a ser tan históricamente perjudicados, que los aspectos negativos de su existencia aún necesitan de una voluntad remediadora del Estado” (Radhakrishna, 2008).

²¹ Artículo 15, énfasis añadido. Para un detallado análisis de este fragmento constitucional, ver el capítulo 10 del libro citado *Tools of justice...*

sentido de bloquear las reservas con relación a las mujeres, pese a que parecía garantizarlas, es otro ejemplo; la retórica de la pacificación de las minorías es un tercer ejemplo. Podemos encontrar estrategias inhabilitantes semejantes en el trabajo referido a cada uno de los grupos que son objeto de algún tipo de discriminación.

Se ha sostenido que el derecho a la libertad personal en la Constitución se aplica sólo a los derechos políticos y a la privación de la libertad a través de la custodia del Estado. Sugiero que este estrechamiento del campo de la libertad por los tribunales es en sí mismo ideológico y excluye la convergencia efectiva de los argumentos sobre la no-discriminación. Dando un giro importante, la autonomía personal –un aspecto fundamental de la libertad que abarca la idea de la autodeterminación– ha sido interpretada como un aspecto de la no-discriminación, bajo el artículo 15.²² Es sólo cuando se coloca en el contexto de la libertad que la no-discriminación adquiere la fuerza para contrarrestar el poder de la discriminación a lo largo de múltiples ejes interrelacionados. ¿Es la libertad, entonces, la hermana siamesa de la no-discriminación?

El camino de la discriminación a la atrocidad

La primera parte del artículo 21 de la Constitución de la India habla del derecho a la vida. En este proyecto me centro sobre todo en la segunda parte, la cuestión de la libertad y su relación con la discriminación. Sin embargo, el derecho a la vida y su relación con la discriminación es de suma importancia para los argumentos aquí presentados. En primera instancia, en sus formas cotidianas más simples, la discriminación es una infracción al derecho a la vida con dignidad. A través de prácticas de segregación, aislamiento, estereotipos negativos, exclusión y maltrato crónico, la dignidad de la persona que está siendo objeto de discriminación está siendo cercenada, y forzada a desaparecer. En el otro extremo del *continuum*, el derecho a la vida está literalmente en peligro a través de la aniquilación de la diferencia: la violencia colectiva es una faceta importante de la discriminación. Esta aniquilación ocurre a lo largo de cada uno de los ejes especificados en el artículo 15. La derogación del derecho a la vida (“contenida” en la categoría legal de “atrocidad”) es de hecho una restricción del ejercicio del derecho a la libertad. Por ejemplo, a las castas subalternas el ejercicio de este derecho les ha sido impedido bien entrada la era constitucional. Dicha derogación comienza con un episodio de violencia colectiva, y viaja, junto con sus sobrevivientes, al final del camino a la justicia, haciendo imposible cualquier exigencia en cuanto y cuando surja. Y eso es también parte de la atrocidad y de sus complejas conexiones respecto a la libertad, la vida y la no-discriminación.

²² *Fundación Naz y Otros v. Gobierno de NCT de Delhi y Otros* (2009) (160) DLT 277.

Es importante señalar la historia de largos episodios de violencia en la India poscolonial, episodios que hablan de la urgente necesidad de buscar la ruta que conecta la discriminación con la atrocidad. En el caso de la discriminación contra los dalits, se han producido eventos de violencia colectiva en Kilvenmani (44 dalits quemados vivos en Tamil Nadu en 1968), Belchi (14 dalits quemados vivos en Bihar en 1977), Morichjhanpi (cientos de refugiados dalits masacrados por el Estado en Sunderbans, Bengala Occidental, en 1978), Karamchedu (seis dalits asesinados, tres mujeres dalits violadas y muchos más heridos en Andhra Pradesh, en 1991), Melavalavu (un líder dalit electo al Panchayat²³ y cinco dalits más muertos a plena luz del día a la vista del público, en 1997), Kambalapalli (seis dalits quemados vivos en Karnataka, en 2000) y Jhajjar (cinco dalits linchados cerca de una estación de policía en Haryana, en 2003) (Teltumbde, 2008:11).

Para ilustrar este punto con cierto detalle, presentaré aquí una breve reseña de la ruta hacia la justicia en un episodio específico de violencia colectiva ocurrido en el estado de Andhra Pradesh. Alrededor del mediodía del 6 de agosto de 1991, en el pueblo de Tsundur, se cree que una turba de 400 personas pertenecientes a las castas superiores atacó a dalits de la manera más brutal,²⁴ matando a ocho personas y arrojando sus cuerpos al Canal del Desagüe de Tungabhadra. Un testigo clave fue muerto a tiros por la policía pocos días después de la masacre. Algunos de los agredidos sobrevivieron. Lo que desencadenó este ataque era trivial, como en el caso del ataque a los dalits en Karam-chedu seis años antes –un altercado entre jóvenes de ambas comunidades, a los que la gente de la casta dominante excluyó de una sala de cine del pueblo. Es evidente, sin embargo, que el detonante poco tuvo que ver con la génesis de la violencia colectiva o de su precipitación. Tenía raíces estructurales más profundas, relacionadas con cambios en los patrones de dependencia, educación, empleo, y aquiescencia al orden de las castas. Hubo indignación nacional e internacional por el ataque. El movimiento dalit ofreció apoyo incondicional inmediatamente después del ataque, al igual que lo hicieron otros movimientos populares. El tribunal especial en Tsundur condenó a alrededor de 50 personas acusadas por el ataque asesino contra los dalits –21 de ellas fueron declaradas culpables de asesinato y condenadas a cadena perpetua. La decisión se produjo 16 años después del ataque, en lo que ha sido el primer gran caso en Andhra Pradesh traído a la justicia bajo el Acta de Castas y Tribus Registradas (Prevención de Atrocidades) de 1989.²⁵

²³ Panchayat, gobierno ejercido por un consejo comunal (N. de la T.).

²⁴ La crudeza de la violencia fue tal que el médico que realizó los exámenes *post mortem* se suicidó poco después. Se creyó que se mató porque no tuvo la capacidad de superar lo que había visto.

²⁵ *Estado (Oficial policiaco sub divisional, Tenali) versus Modugula Sambhi Reddi y Otros 218*. Sesiones del caso No. 36/1993, en la Corte del Juez de Sesiones Especiales cum IV, Juez de Sesiones Adicionales, Guntur, 31 de julio de 2007.

“La lucha del hombre contra el poder –dice Milan Kundera– es la lucha de la memoria contra el olvido”. El primer sitio que señala la entrada a la aldea principal hoy es un terreno elevado con nueve tumbas de barro, marcado “Raktakshetram” en el cruce central. Este es el lugar donde están enterradas las víctimas del ataque de 1991, y que sirve como un triste y diario recordatorio de la barbarie a todos los que viven en el pueblo –a los que sobrevivieron a la violencia y la generación que nació después– y a todos los visitantes. La decisión del gobierno de permitir el entierro de las víctimas allí el 10 de agosto de 1991 se topó con la férrea oposición de los habitantes de los barrios residenciales de las afueras del pueblo. No es la exuberancia de los campos verdes ni la idílica belleza natural que rodea Tsundur lo que permanece en la mente; de hecho, es la violencia de esa belleza la que es escalofriante. La quietud aún enfrenta a los que han vivido con la realidad de la violencia, su quietud es un reconocimiento tácito al apoyo moral de los visitantes, y la presencia, aparentemente discreta, aunque grave, de Raktakshetram desgarró el plácido y seductor paisaje, e interrumpe el pensamiento coherente.

Para el pueblo dalit de Tsundur, sin embargo, ha sido una larga, ardua y dolorosa lucha para arrancar justicia a un sistema hostil en una sociedad hostil. Además de hacer frente a la brutalidad del ataque y continuar viviendo en el mismo lugar, con las memorias y el recuerdo de la violencia, ha tenido que diseñar estrategias para superar los obstáculos del camino a la justicia.

La primera lucha importante fue llevar al tribunal especial, creado bajo el Acta de las Castas y Tribus Registradas (Prevención de Atrocidades) de 1989, a Tsundur. En los casos en que las personas que sufrieron grandes pérdidas fueron requeridas por el tribunal para relatar su pérdida en términos completamente ajenos a ellos, términos que no tomaron en cuenta el trauma que involucra la experiencia y su relato, la ubicación física del tribunal se volvió vital, tanto para tranquilizar a los sobrevivientes como para desempoderarlos. Los dalits de Tsundur querían que el tribunal especial se estableciera en el mismo pueblo, y llevaron a cabo una batalla legal en el Tribunal Supremo para que esa demanda fuera aceptada, porque, como era previsible, los acusados rechazarían ese movimiento. No hay duda de que el valor moral y la convicción de los testigos, sobrevivientes y, de hecho, de toda la comunidad dalit en el pueblo, se vieron reforzados por la presencia tranquilizadora del tribunal entre ellos. La ubicación física de la justicia ya no era la ciudad distante; participar, o incluso simplemente presenciar las actuaciones legales ya no implicaría viajes, tiempo y costo. Lo más importante, las deliberaciones sobre la justicia ocurrieron en el lugar de la pérdida.

La segunda gran batalla importante tuvo que ver con la designación de los fiscales. En general, los abogados de derechos humanos han estado renuentes a representar al gobierno en un Estado conocido por su escaso respeto por el imperio de la ley,

especialmente en materia de violencia de Estado. La designación de un fiscal especial que mostrara un compromiso con los derechos humanos en este caso fue un paso importante hacia la victoria –una victoria que fue infructuosamente impugnada, y a la que se opusieron los acusados. Este resultado subraya la importancia de la presencia de defensores de derechos humanos en procedimientos judiciales en casos de crimen colectivo y estructural.

El obstáculo final surgió cuando los acusados acudieron al Tribunal Superior, oponiéndose a la designación de un juez del tribunal especial en razón de que, dado que él pertenecía a la comunidad dalit, podía inclinarse en contra de los acusados. Esta fue una inversión de todos los supuestos oficiales sobre la objetividad y neutralidad del juez en el sistema de administración de justicia. Y aun cuando el asunto estaba siendo estudiado por el Tribunal Supremo, por una notable coincidencia, el juez fue trasladado administrativamente fuera de la corte especial.

Los problemas y las consecuencias de los retrasos en el inicio y la finalización de los juicios en los casos penales han sido discutidos y debatidos largamente en la academia jurídica de la India. Tsundur demuestra las difíciles y dolorosas consecuencias de retrasos en casos de crímenes masivos y atrocidades perpetradas contra las comunidades pobres, social y políticamente vulnerables que son objeto de discriminación. Dieciséis años es mucho tiempo. Toda una generación no vivió para experimentar el resultado del juicio. Pero aun para aquéllos que lo lograron, la lucha entre la memoria de la pérdida y el imperativo de la supervivencia día a día, no puede ser olvidada. Viviendo, como lo hicieron, en el mismo pueblo, con las personas y los monumentos que marcaban su pérdida –las familias de los acusados del asalto, el cine que había sido el desencadenante inmediato (más tarde convertido en una escuela), las tumbas, la *stupa*²⁶ de Anil Kumar quien fue muerto a tiros, las calles, los campos, el canal, de hecho, el propio pueblo–, los dalits de Tsundur tuvieron que tejer un fino equilibrio entre la memoria y la sobrevivencia durante una década y media, a un costo personal enorme.²⁷

Las luchas de masas por la justicia han sido determinantes para ampliar las posibilidades de la justicia misma. En ninguna parte esto es más evidente que en el caso de Tsundur. Mantener vivo el caso es un desafío que requiere perspicacia legal, así como un compromiso con la aniquilación de las castas.²⁸ Ante la atrocidad, además de la

²⁶ Monumento funerario en India (N. de la T.).

²⁷ Como fiscal especial en este caso, B. Chandrasekhar observó en una conversación personal que los dalits de Tsundur habían tenido también que soportar el peso de la preocupación “nacional”, enfocada contra su lucha local para mantener su fe, día a día, contra todas las adversidades.

²⁸ En este caso, Jaladi Moses en Tsundur (quien perdió a dos hermanos en la masacre), el abogado

protesta masiva, los procesos deben mantenerse vivos y ser eficaces; esto requiere un enorme despliegue de tiempo, energía física e intelectual, y costos materiales durante un largo periodo, sostenidos por el compromiso moral de aniquilar la discriminación. La justicia misma se encuentra simultáneamente en distintos niveles –la “victoria” en el tribunal es a la vez la culminación de una lucha y el principio de la realización de justicia.

Las masacres de dalits en Tsundur, Melavalavu y Khairlanji son intentos para someter y obligar a las castas, por medios policíacos, a la subyugación y aquiescencia a un orden social discriminatorio. Éstos no fueron estallidos espontáneos de ira y furia por parte de las castas dominantes en vista de que las castas “intocables” habían “traspasado” más allá de las prisiones de lugares intocables –un problema que será examinado con cierto detalle en el texto completo. Fueron, más bien, la culminación de una “conspiración abierta” para suprimir cualquier afirmación de los dalits de su derecho a la libertad y a la no-discriminación. Como lo argumenta K. G. Kannabiran, en éste y otros casos de violencia colectiva contra las minorías, en términos más generales, la jurisprudencia penal tradicional sobre las conspiraciones debe ser revisada. En el caso de delitos ordinarios de asesinato y ataque, más allá de lo brutales que pudieran ser, debe establecerse la conspiración a través del examen cuidadoso de la evidencia circunstancial. La expresión de conspiración en la violencia estructural, por otra parte, es abierta y forma parte de la moral pública. La negación del ángulo conspirativo por la mayoría de los tribunales (por ejemplo, en Tsundur, Melavalavu y Khairlanji) también es parte del aparato ideológico dominante que niega la libertad, la vida y la justicia en la misma frase (K. G. Kannabiran, 2008:382-408). Un extracto de la sentencia de primera instancia en el caso Melavalavu ilustra este problema:

No hay evidencia de palabras en el sentido de que iban a matar a todas las personas de Castas Registradas, o que matarían a los que fallecieron. No existe evidencia concreta y directa de que los acusados hubieran hecho algún gesto de acción visible en contra de los difuntos. No hay materiales confiables de parte de la fiscalía de que todos los acusados se unieran y conspiraran abierta o secretamente para matar a gran cantidad de personas pertenecientes a Castas Registradas. No hubo enemistad individual o exclusiva o motivos por parte de los acusados en contra de los fallecidos, a excepción del descontento (que se produjo) sobre el cambio de la mesa directiva del Panchayat a una categoría reservada. El ataque también pudo haber sido causado por otra situación o circunstancia que lo explicara. Los acusados podrían no haber

K. G. Kannabiran (que representó a la fiscalía en la Corte Suprema, cada vez que los acusados apelaban por un motivo u otro) y B. Chandrasekhar (el fiscal especial público) se mantuvieron concentrados en el juicio, presionando a través de cada etapa.

tenido intención o motivos previos para cometer delitos, que también pudieron deberse a una mala interpretación de la categoría de reserva y la consiguiente elección.²⁹

Y, sin embargo, un examen de cada caso de ataque masivo ocurrido bajo el Acta de Castas y Tribus Registradas (Prevención de Atrocidades) señala “el encuentro de mentes criminales [que] aparece en las pruebas aportadas en el expediente”.³⁰

En el caso Tsundur, el memorandum presentado por los familiares de las víctimas al Tribunal Superior de Andhra Pradesh cita “el hecho de que personas de cuatro pueblos se reunieron en un tiempo y lugar; que estaban armadas con armas mortales; que se movían al unísono de acuerdo con el evidente plan de atacar a personas de las Castas Registradas”. Esta declaración apunta a la comisión de un delito tipificado en la sección 149 del Código Penal de la India, misma que no fue utilizada por el tribunal de primera instancia, aunque hubo condenas por ocho asesinatos y otros actos de violencia.

Un rápido vistazo a las estadísticas legales sobre las repercusiones de la violencia contra dalits cristianos y adivasis en Kandhamal (2008) apunta al significado crítico de mapear los diferentes niveles en los que la discriminación se entrelaza con la atrocidad. En el caso de Kandhamal, la policía registró 832 denuncias, de un total de 3 mil 232 interpuestas por las víctimas; 26 casos de asesinatos se registraron de acuerdo con el Código Penal de la India, a pesar de que habían muerto entre 75 y 123 personas. Otros casos en los que el juicio ha comenzado, han tenido progresos lentos (Uma y Grover, 2010:93). Estas estadísticas también apuntan a la urgencia de trazar los contornos amplios de la moralidad constitucional, informada por estrategias interpretativas que pudieran ayudar a crear una resistencia efectiva a la moral pública a través y por fuera de los tribunales de todas las jurisdicciones.

Referencias

- ALAVI, Hamza (1972), “The State in Post-Colonial Societies-Pakistan and Bangladesh”, en *New Left Review*, núm. 74, july-august.
- AMBEDKAR, C. R. (2002a) [1936], “Annihilation of Caste”, en Valerian RODRIGUES (ed.), *The Essential Writings of B. R. Ambedkar*, New Delhi, Oxford University Press.
- AMBEDKAR, C. R. (2002b) [1948], “Basic Features of the Indian Constitution”, en Vale-

²⁹ Juicio en la Corte de Distrito y Sesiones, Salem, Tamil Nadu, Sesiones del Caso 10/2001. Fecha del juicio: 26 de julio de 2001.

³⁰ Memorando de Revisión Criminal contra S. C. No. 36/1993 sobre el expediente de las Sesiones Especiales cum IV Juez de Sesiones Adicionales, Guntur, Camp en Tsundur, 2007, entre Mandru Tulasamma y otros dos y Modugula Sambhi Reddi y otros 219.

- rian RODRIGUES (ed.), *The Essential Writings of B. R. Ambedkar*, New Delhi, Oxford University Press.
- ARENDR, Hannah (1976), *The Origins of Totalitarianism*, Orlando, Florida, Harcourt Books.
- BAUMAN, Zygmunt (1997) [1988], *Freedom*, Delhi, World View.
- BAXI, Upendra (2004), "The (Im)possibility of Constitutional Justice: Seismographic Notes on Indian Constitutionalism", en Zoya HASAN, E. SRIDHARAN y R. SUDARSHAN (editores), *India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies*, New Delhi, Permanent Black.
- BAXI, Upendra (2008), *Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism*, BISA Conference "Courting Justice II", Delhi, 27-29 april, conferencia presentada, inédita.
- BROWN, Wendy (2001), *Politics out of History*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- BUTLER, Judith y Gayatri CHAKRAVORTY SPIVAK (2007), *Who Sings the Nation State? Language, Politics, Belonging*, Calcutta, Seagull Books.
- CHATTERJEE, Partha (1997), "Introduction: A Political History of Independent India", en Partha CHATTERJEE (editor), *State and Politics in India*, New Delhi, Oxford University Press.
- GUHA, Ranajit (1983), *Elementary Aspects of Peasant Insurgency in Colonial India*, New Delhi, Oxford University Press.
- KANNABIRAN, K. G. (2003), *The Wages of Impunity: Power, Justice and Human Rights in India*, Hyderabad, Orient Longman.
- KANNABIRAN, K. G. (2008), "Conspiracies of Association: Associational Offences, Associational Freedoms and the Rule of Law", en Kalpana KANNABIRAN y Ranbir SINGH (editores), *Challenging the Rule(s) of Law: Colonialism, Criminology and Human Rights in India*, New Delhi, Sage.
- KANNABIRAN, K. G. (2010), "Development Challenges in Extremist Affected Areas", en Kalpana KANNABIRAN (1992), *Temple Women in South India. A Study in Political Economy and Social History*, New Delhi, School of Social Sciences, Jawaharlal Nehru University, PhD dissertation, inédito.
- KHAITAN, Tarunabh, Yogendra YADAV y Kalpana KANNABIRAN (2009), *Clarifying the Concept of Deprived Groups: Proposed Modifications to the EOC Bill*, inédito.
- KUNDERA, Milan (1980), *The Book of Laughther and Forgetting*, New York, Alfred Knopf.
- LACEY, Nicola (1995), "From Individual to Group", en Bob HEPPLE y Erika M. SZYSZCZAK (editors), *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell Publishing.
- LUDDEN, David (1996), "Introduction: Ayodhya: A Window on the World", en David LUDDEN (editor), *Making India Hindu: Religion, Community, and the Politics of Democracy in India*, New Delhi, Oxford University Press.
- POTHIER, Dianne (2001), "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences", en *Canadian Journal of Women and Law*, vol. 13, núm. 37, [en línea] Dirección URL: <<http://heinonline.org>>.
- RADHAKRISHNA, Meena (2008), "Stratification among the Disadvantaged: Identifying the

- Rock-Bottom Layers”, en *Indian Journal of Industrial Relations*, 44, 2, october.
- RAO, B. Shiva (1968), *Framing of India's Constitution: A Study*, New Delhi, Indian Institute of Public Administration.
- SAMADDAR, Ranabir (2004), “Colonial Constitutionalism”, en *Bayan: Constitutional Evolution*, núm. 2, july.
- SKINNER, Quentin (1998), *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TELTUMBDE, Anand (2008), *Khairlanji: A Strange and Bitter Crop*, New Delhi, Navayana.
- UMA, Saumya y Vrinda GROVER (2010), *Kandhamal: The Law Must Change its Course*, New Delhi, Multiple Action Research Group (MARG)
- YOUNG, Iris Marion (1990), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- ZWILLING, Leonard y Michael J. SWEET (2000), “The Evolution of Third-Sex Constructs in Ancient India: A Study in Ambiguity”, en Julia LESLIE and Mary MCGEE (editoras), *Invented Identities: The Interplay of Gender, Religion and Politics in India*, New Delhi, Oxford University Press.

Documentos jurídicos

- Asamblea Constituyente (Constituent Assembly) (1989), *Debates*.
- Comisionado de Castas y Tribus Registradas (Commissioner for Scheduled Castes and Scheduled Tribes) (1990), *Twenty-Ninth Report [B. D. Sharma Report]*.
- Constitution of India*, 1950.
- Equal Opportunity Commission Bill (2008), [en línea] Dirección URL: <http://www.minorityaffairs.gov.in/sites/upload_files/moma/files/pdfs/eoc_wwh.pdf>.
- Justice L'Heureux-Dube in *Egan versus Canada* (1995) 2 S.C.R. 513.
- Manohar Joshi versus Nitin Bhaurao Patil* (1996) AIR (SC) 796.
- Memorandum of Criminal Revision against S. C. Núm. 36/1993 on the file of the Special Sessions cum IV Additional Sessions Judge, Guntur, Camp at Tsundur, 2007, between Mandru Tulasamma and two others and Modugula Sambhi Reddi and 219 others.
- Naz Foundation and Others versus Government of NCT of Delhi and Others* (2009) (160) *Delhi Law Times*, 277.
- Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) (1989), *Act*.
- S. R. Bommai and Others Etc. versus Union of India and Others Etc.* (1994) AIR (SC) 1918.
- State (Sub Divisional Police Officer, Tenali) versus Modugula Sambhi Reddi and 218 Others*, Sessions Case No. 36/1993, in the Court of the Special Sessions cum IV Additional Sessions Judge, Guntur, 31 july 2007.
- Trial in the Court of District and Sessions, Salem, Tamil Nadu, Sessions Case No. 10/2001. Día del juicio: 26 de julio de 2001.

Recibido: 13 de mayo de 2014
Aprobado: 21 de enero de 2015