

PRÓLOGO

PEDRO A. CAMINOS¹

El libro que el lector tiene entre sus manos, es un homenaje a la diversidad porque en primer lugar, existen diversas formas de vincularse, construir relaciones de pareja, y de amarse; y también, por la variedad propia que poseen los trabajos interdisciplinarios. Aquí, será posible encontrar trabajos sobre análisis del discurso periodístico, estadísticas, estudios cuantitativos para identificar las percepciones sociales, el impacto de decisiones de tribunales internacionales en el ámbito interno de los estados, la filosofía política de la igualdad y la democracia y, por último, sobre el análisis jurisprudencial en perspectiva comparada. Finalmente, se trata de un libro diverso por su intención de realizar una reflexión comparativa entre dos países, Colombia y Costa Rica, sobre un mismo fenómeno que, por sus características, es global.

El tema del libro puede ser estudiado desde muchos enfoques, tanto los que son efectivamente utilizados por sus autores, como por otras disciplinas y acercamientos teóricos. Mi propia formación

1 Docente de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

es la de un abogado con inclinaciones teóricas, de manera tal que estas palabras iniciales sólo procurarán ofrecer un marco muy general, de tipo normativo, que le permita al lector reconstruir el contexto dentro del cual se dan las discusiones contemporáneas sobre la identidad de género, la orientación sexual y las políticas de reconocimiento que los estados pueden llevar adelante.

CULTURAS, IDENTIDADES, ESTADOS

El punto de partida para esa reflexión general está dado por los siguientes conceptos: cultura, estado, identidades e individuos. Desde una perspectiva clásica, el centro del análisis jurídico era el estado, el cual era entendido como una institución que monopoliza la creación del derecho y, en principio, tenía la competencia para regular de manera completa la vida de los seres humanos. El constitucionalismo liberal postuló una cierta concepción sobre el estado que procuraba organizar a esa institución de un modo que se garantizara a los individuos un ámbito que quedara libre de la interferencia estatal.

El constitucionalismo liberal, sin embargo, pronto recibió críticas provenientes de la tradición socialista. Según esta perspectiva, el estado constitucional liberal era ciego a las desigualdades sociales y, sobre todo, a la explotación económica. De ese modo, la institución estatal no sería otra cosa que una herramienta superestructural a través de la cual una clase, la propietaria, preservaría su dominación social y económica a expensas de la otra clase, la no propietaria. El Estado permitiría la reproducción de ese sistema de organización social que permite la desigualdad y la explotación.

El constitucionalismo liberal reaccionó a la crítica socialista adoptando la idea de igualdad de oportunidades. En la célebre

fórmula de Rawls, el Estado debe garantizar igual libertad a todos los individuos, pero puede adoptar medidas diferenciadas que tiendan a colocar en una mejor posición a aquellos que están peor. Un estado constitucional liberal no tiene por qué ser necesariamente ciego a las desigualdades o a la explotación económica. El surgimiento del constitucionalismo social fue, así, una justificación a las políticas de reconocimiento de las diferencias socio-económicas.

Sin embargo, adoptando una estructura muy similar a la crítica esbozada desde la tradición socialista, nuevas reivindicaciones de reconocimiento emergieron para señalar la ceguera del estado constitucional liberal y social, entre ellas se encuentran la cultura y la identidad. Son fenómenos que en muchos casos pueden colapsar, pero que es conveniente diferenciarlos. La cultura consiste en una forma de identidad grupal que asocia la membresía al grupo con una historia común y, además con un lenguaje, religión, creencias y puntos de vista compartidos. Dado que la cultura es una forma de identidad grupal, es común que existan instituciones grupales relativamente formalizadas (escuelas, iglesias, editoriales, etc.) que cumplen la función de reproducir y preservar esa historia común, junto con los otros elementos antes mencionados. Cuando esas instituciones debilitan o desaparecen, probablemente la cultura irá perdiendo densidad hasta que, finalmente, no exista un grupo que esté en condiciones de reivindicarse como su encarnación.

Lo que aquí llamo identidades, son rasgos que un individuo asume, de manera más o menos articulada o consciente, y que constituye su propia personalidad. No requieren necesariamente de la membresía de un grupo. De ese modo, la pertenencia a una cultura es un rasgo de la personalidad, pero no tiene por qué ser el único. Un individuo puede poseer varias identidades, es decir, identificarse con rasgos diferentes. Esto es lo que explica la

posibilidad de tensiones entre un individuo y un grupo cultural: tal vez una persona pertenece a una cultura comunitaria muy tradicional, cuyos valores religiosos consideran pecaminosas las prácticas homosexuales pero, al mismo tiempo, su deseo sexual y su visión de sí mismo lo conduzcan a adoptar una orientación contraria a la de los preceptos comunitarios.

Las críticas basadas en la cultura y las identidades comenzaron a señalar que el estado, incluso el constitucional liberal y social, contribuye a la reproducción y preservación de una cierta cultura en particular y/o de un determinado modelo de identidad individual, dificultando o reprimiendo la preservación y/o emergencia de culturas minoritarias o de nuevas identidades. De ese modo, la pretensión estatal de monopolizar la regulación jurídica en todos sus ámbitos, incluyendo el familiar, supondría la adopción de regulaciones que podrían ser más liberales (o más conservadoras!) que las de ciertos grupos culturales.

Piénsese, por ejemplo, en el divorcio. Su legalización es resistida por católicos, pero aceptada por ciertas confesiones protestantes. Cuando el divorcio no es legal, hace una diferencia entre grupos según sus creencias religiosas. Y, cuando es legal, sigue siendo una política adoptada en nombre de toda la comunidad política, pero que es considerada como esencialmente perversa por una de sus partes.

Algo similar ocurre con las identidades. La regulación legal del matrimonio puede no tratar por igual a todas las identidades si ella reproduce un cierto modelo hegemónico respecto de cómo debería ser la institución, por ejemplo, si se estipulara que sólo pueden unirse un hombre y una mujer. De ese modo, aun cuando el matrimonio esté jurídicamente disponible para todos, lo cierto es que se trataría de una institución ciega a la diversidad

y, por ello, excluyente de quienes no se ajustan a dicho modelo hegemónico.

Las reivindicaciones de las culturas y de las identidades son uno de los principales desafíos contemporáneos. Hemos avanzado mucho en entender que se trata de problemas a los que debemos prestar atención. Todavía queda un largo camino para desentrañar cuáles son las mejores políticas para responder a tales reclamos.

TENSIONES INEVITABLES

Una de las razones por las que la solución de estos problemas es compleja radica en que existen tensiones entre todos los elementos que identificamos hasta este momento. El Estado funda su pretensión de regulación en la satisfacción del interés público, es decir, el de la comunidad a la que representa. Pero, al mismo tiempo, el constitucionalismo liberal insiste en que hay restricciones al modo en que el estado puede perseguir el interés público y las reivindicaciones de la cultura y de las identidades ponen en cuestión la propia existencia de la comunidad o, al menos, que sea lo bastante homogénea como para adoptar medidas generales.

Al mismo tiempo, los grupos culturales exigen autonomía frente al estado para ser ellos quienes regulen al menos una parte de la vida de sus integrantes. El ejemplo de los pueblos originarios es una muestra de ello. Sin embargo, el constitucionalismo liberal y las reivindicaciones identitarias protestan, alegando que tal autonomía no puede ir en desmedro de los derechos humanos básicos ni tampoco favorecer la represión o supresión de identidades nuevas o alternativas.

Por último, las identidades exigen el reconocimiento de diversidades cada vez más singulares, lo cual adoptaría la forma de asignación de prerrogativas *ad hoc*, particulares, al estilo de las

antiguas regulaciones medievales. Pero, por supuesto, los grupos culturales sostienen que ello pone en riesgo su propia homogeneidad cultural, el constitucionalismo liberal asegura que, de ese modo, se vuelve imposible la construcción de un estado de derecho que regule la actividad pública a través de leyes generales que eviten las decisiones *ad hoc* de los funcionarios y el estado dirá que esto impone costos prohibitivos para un desempeño mínimamente eficaz de sus instituciones.

Este panorama, que puede parecer desalentador, es el que marca cuál es el primer paso: reconocer que es imposible satisfacer todas estas pretensiones simultáneamente. Toda decisión que tome tendrá ganadores y perdedores. Dado que no podremos maximizar a todas las reivindicaciones, al menos sí podremos *optimizarlas*, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se tome cada decisión.

REPUBLICANISMO Y UNIONES DIVERSAS

El procedimiento decisorio para establecer una relación óptima entre las diversas reivindicaciones deberá ajustarse a varias características. Requerirá que se asegure la participación de todos los involucrados. Esa participación no debe ser meramente formal, sino que sus intereses deben ser genuinamente tenidos en cuenta. Las decisiones deberán basadas en razones que resulten aceptables para todos. Esto no quiere decir que sean efectivamente aceptadas, pero sí que exista un esfuerzo en indicarle a quien sea el “perdedor” de qué modo su interés fue efectivamente considerado y por qué la decisión está justificada y no es un mero capricho o acto arbitrario de quien tiene el poder.

Un procedimiento de estas características coincide bastante bien con el núcleo de la concepción política republicana. En efecto, el

republicanismo sostiene que el ideal político más básico es el de la libertad, entendida como ausencia de dominación. Una persona ejerce dominación sobre otra si la segunda está sujeta a la voluntad arbitraria de la primera. Esto significa que el dominador tiene el poder de tomar decisiones que afecten a la otra persona sin tener en cuenta sus intereses ni deberle explicación alguna.

El republicanismo propone suprimir la dominación, es decir, que ninguna persona quede sujeta a la voluntad arbitraria de otra. Por ello, todas las personas afectadas por una decisión tienen derecho a participar en el procedimiento que la precede y a que sus intereses sean tenidos en cuenta, así como también a que se haga explícita su justificación. El ideal republicano de la no dominación ofrece un mecanismo para tomar decisiones óptimas en la resolución de los reclamos y reivindicaciones que provienen del estado, del constitucionalismo liberal, de las culturas y de las identidades.

Por lo demás, el procedimiento decisorio republicano presupone una comunidad de ciudadanos y ciudadanas libres e iguales. La regulación legal de las uniones entre personas importa una forma en la cual el estado establece las condiciones de acceso a un bien para sus ciudadanos. Si la regulación vigente está diseñada de un modo que no trata a los ciudadanos como iguales en el acceso a ese bien porque privilegia cierto modelo de unión que excluye a determinadas identidades, entonces existen razones, fundadas en el ideal republicano, para reemplazar a dicha regulación por otra.

CONCLUSIÓN

Es en este contexto, en el que repúblicas latinoamericanas lidian con las reivindicaciones identitarias de ciudadanos que exigen que se haga realidad la promesa de formar parte de una comunidad de personas libres e iguales, se inserta este libro. Como se dijo,

el lector encontrará aquí un análisis del modo en que los medios de prensa construyen la imagen de las identidades, así como también cuál es la percepción que algunos ciudadanos tienen de ellas. Asimismo, se analizará por qué el reconocimiento de las uniones diversas es consustancial a la democracia. Y, finalmente, será posible determinar de qué manera el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional constituyen herramientas de suma importancia para la construcción de una república más inclusiva. El lector ponderará por sí mismo si las evidencias y razones que exponen los autores de esta obra tan relevante están encaminadas en la dirección de alcanzar una solución óptima a las tensiones que son típicas de la política contemporánea. Por mi parte, creo que el aporte que han hecho es, a todas luces, iluminador para una mejor comprensión del fenómeno.