

GÉNERO Y TOLERANCIA POLÍTICA *

GENDER AND POLITICAL TOLERANCE

Hugo Omar Seleme **

Resumen: El presente artículo llama la atención sobre la diversa naturaleza de las posiciones presentes en el debate acerca del género. Mientras algunas posiciones son de índole científica, otras son metafísicas, éticas o políticas. Desde el punto de vista del paradigma liberal igualitario, tal distinción es fundamental. Las instituciones públicas tratan a todos los ciudadanos como libres e iguales cuando son neutrales tanto a nivel metafísico como ético. La neutralidad involucra dos exigencias. Por un lado, las instituciones públicas deben justificarse sólo en base a consideraciones de índole política o científica y, por el otro, no deben promover o suscribir a ninguna concepción ética o metafísica.

Palabras-clave: Igualdad - Discriminación - Liberalismo político.

Abstract: The paper draws attention to the diverse nature of the positions involved in the ongoing debate about gender. While some positions are scientific, others have a metaphysical, ethical or political character. From a liberal egalitarian paradigm, this distinction is crucial. Public institutions treat all citizens as free and equal when they are metaphysically and ethically neutral. Neutrality involves two requirements. On the one hand, public institutions must be justified on political or scientific considerations and, on the other they must not promote or endorse any ethical or metaphysical conception.

* Trabajo presentado el 10 de octubre de 2012; aprobado el 5 de marzo de 2013. El presente texto es una versión revisada y expandida de la ponencia que presentase en el panel "Identidad de Género: de las Manifestaciones Sociales al Debate Parlamentario" de la III Semana de la Diversidad (13 al 19 de Noviembre del 2011). En esa ocasión tuve la oportunidad de compartir la mesa de debate con la Diputada Nacional Silvia Storni y el Consiliario Universitario Facundo Quiroga Martínez, a quienes agradezco por sus observaciones. También agradezco a Laura Sánchez quien, aun sin compartir muchas de las conclusiones alcanzadas en el texto me brindó generosos aportes que espero hayan ayudado a mejorarlo. Creo que si hubiese más ciudadanos con sus cualidades humanas e intelectuales, el ideal de tolerancia liberal que propugno en el texto sería más asequible. Agradezco a los miembros del grupo *Derecho, Ética y Política* (DEEP) y a los miembros de la cátedra de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialmente a Guillermo Lariguét, Carlos Krauth, Luis Díaz, Cristian Fatauros, Adriana Vercellone, Lucrecia Aceto, Andrea Fasoli, Natalia Milisenda, Romina Frontalini, Santiago Truccone, Ercilia Adén, Florencia Rodríguez Nassuti, Melisa Amayusco y Alejandra Nader. Todos ellos han sido interlocutores permanentes cuyas observaciones han puesto a prueba las ideas presentadas en el texto.

** Investigador del CONICET, Profesor Titular de Ética de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. e-mail: hugoseleme@gmail.com

Keywords: Equality - Discrimination - Political liberalism.

SUMARIO: I. Introducción. - II. Los debates acerca del género. - III. Género, ciencia, metafísica, ética y política. - IV. Género, tolerancia y neutralidad. - V. Conclusiones.

I. Introducción

Desde que Simone de Beauvoir declarase que una mujer no nace sino que se hace (1), mucho ha sido escrito con relación a los problemas de género. No obstante, como suele suceder, esto no ha contribuido a que se perciban con claridad los diferentes planos de discusión involucrados. La discusión ha abordado problemas de índole diversa sin que se advierta su carácter diferenciado.

Cuatro tipos de problemas han sido objeto de debate. Problemas metafísicos -referidos a cuál es la estructura profunda de la realidad-, problemas científicos -acerca de la descripción y predicción de regularidades empíricas-, problemas éticos -referidos a cuál es el modo valioso de conducir nuestras vidas- y problemas políticos -sobre el modo correcto de diseñar nuestras instituciones públicas-.

La falta de claridad a la hora de distinguir estos problemas es en sí misma perniciosa, pero lo es más si uno -como cada uno de nosotros- habita un esquema de instituciones jurídico-políticas que descansan sobre principios democráticos y liberales. Un punto central del Liberalismo -por lo menos en la versión que considero moralmente justificada- es que el Estado debe ser tolerante y para ello debe ser neutral (2). El Estado no debe tomar partido con relación a cuestiones acerca de las cuales los ciudadanos pueden tener desacuerdos razonables, esto es desacuerdos que no están fundados ni en la ignorancia ni en la mala fe (3). Si el Estado promueve alguna de estas

(1) Cfr. DE BEAUVOIR, Simone. *The Second Sex*, Constance Borde y Sheila Molovany-Chevallier (trads.), New York, Vintage Books, 2011.

(2) Me refiero al paradigma liberal igualitario defendido, entre otros, por John Rawls en *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971-1999.

Algunas versiones de liberalismo no aceptan el ideal de neutralidad. Un caso paradigmático es la concepción de Joseph Raz. La línea argumental seguida por Raz es la siguiente. El Estado debe promover que los individuos lleven adelante vidas valiosas. Una vida valiosa es aquella que posee valor intrínseco y ha sido elegida autónomamente. El ejercicio de la autonomía requiere que existan alternativas valiosas entre las cuales elegir. La existencia de estas alternativas valiosas depende de la existencia de formas sociales. La existencia de estas formas sociales requiere de la intervención activa del Estado. En consecuencia, concluye Raz, el Estado debe determinar cuáles son las formas de vida valiosas, cuáles son las formas sociales que estas formas de vida requieren, y adicionalmente debe sostener -a través de sus normas jurídicas y sus políticas- estos planes de vida valiosos y las formas sociales de las que dependen. El Estado no debe permanecer neutral frente a las concepciones de la "vida buena". Cfr. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

(3) La idea de desacuerdo razonable ha sido elaborada por John Rawls. El punto focal de esta idea es la de persona razonable. Un desacuerdo es razonable si es uno que puede existir entre personas razonables. Lo que caracteriza a una persona razonable es: a) el deseo de cooperar con otras personas razonables en base a términos que ellos puedan aceptar, b) el reconocimiento de que pueden existir desacuerdos debidos a la complejidad de la evidencia relevante, las diferentes historias de vida, y lo

concepciones, o las utiliza para justificar sus políticas, abjura de la neutralidad y no trata con igual respeto a todos sus ciudadanos. Básicamente se comporta de manera irrespetuosa con aquellos que poseen una concepción distinta de la que subyace o es promovida por las políticas estatales (4).

El ideal de neutralidad tiene dos partes. La primera, sostiene que el Estado no debe dictar normas que tengan por objetivo promover o penalizar ciertas concepciones sobre las que personas razonables puedan tener desacuerdos. Así, por ejemplo, el Estado no puede promover un credo religioso, sino que debe permanecer neutral con respecto a ellos. No puede dictar normas que tengan por *objetivo* facilitar la vida de aquellos que profesan una religión o facilitar que un credo religioso sea adoptado por la población, en detrimento de otros. Por esta razón, a este tipo de neutralidad se la denomina “neutralidad de objetivo”.

La segunda parte del ideal de neutralidad sostiene que el Estado no debe dictar normas -o llevar adelante políticas- que se encuentren justificadas en concepciones sobre las que pueda existir desacuerdo razonable. El diseño de las instituciones públicas debe estar fundado en razones que todos los ciudadanos a quienes las instituciones se aplican puedan aceptar, sean cuales sean las concepciones razonables a las que adhieren. Esta neutralidad se denomina “neutralidad de justificación” (5).

que en general es denominado “las cargas del juicio”, c) el deseo de ser reconocidos como una persona razonable y d) la posesión de una “psicología moral”, esto es, un “sentido de la justicia”. Ver, FREEMAN, Samuel, *Rawls*, London y New York. Routledge, 2007, p. 346-347.

(4) Existen posiciones que no son liberales y, por ende, no aceptan el ideal de neutralidad. Más aun, durante siglos casi la totalidad de los pensadores occidentales han defendido modos de organizar el Estado y de justificar las normas jurídicas completamente ajenos a esta aspiración. El ideal de neutralidad es, podría decirse, un recién llegado al ámbito de la filosofía política. Su origen puede rastrearse hasta el surgimiento del liberalismo político, acaecido como consecuencia de los conflictos religiosos suscitados por la reforma protestante. Luego de la fragmentación de la cristiandad medieval, debido a sus aspiraciones de universalidad y verdad, hizo su aparición en el escenario político un problema que hasta entonces había sido desconocido para occidente: la existencia de religiones rivales expansionistas, con distintas concepciones de la “vida buena”, que no admitían entre sí ningún grado de conciliación. El liberalismo surgió así históricamente como un intento de dar respuesta a la imposibilidad práctica mostrada por los individuos de acordar, con el fin de organizar la convivencia política, sobre una determinada concepción de la “vida buena”. Dado que los individuos ahora discrepaban respecto de cuál era la mejor manera de llevar adelante sus planes de vida, lo que se necesitaba era encontrar criterios de diseño institucional, esto es, principios de justicia que permitieran organizar las instituciones públicas -incluido el derecho- sin apelar a ninguna concepción de la “vida buena”, fuera esta religiosa o de otra índole. Frente al pluralismo de concepciones del bien el liberalismo optó por la neutralidad como modo de encontrar una respuesta al problema de garantizar la convivencia política pacífica: el Estado no debía comprometerse con ninguna concepción del bien. Esta explicación del surgimiento del Liberalismo sigue lo que señala John Rawls en *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1993, pp. xxi-xxviii.

(5) Existen versiones de liberalismo que sólo persiguen la neutralidad de objetivo. Este es el caso de la concepción liberal defendida por Ronald Dworkin. Éste ofrece una justificación de la neutralidad de objetivo que se encuentra fundada en una concepción acerca de en qué consiste el valor de la vida humana. La estrategia de Dworkin para justificar la neutralidad consiste en apelar a una concepción abstracta de aquello en que consiste vivir una vida buena, que deja espacio para albergar concepciones

Lo que subyace a ambos tipos de neutralidad son dos ideas comúnmente aceptadas. La primera, señala que dado el carácter coercitivo de las instituciones públicas éstas deben encontrarse justificadas en base a consideraciones que sean aceptables por todos aquellos a quienes se aplican y no deben tener por objetivo promover o penalizar concepciones sobre las que personas razonables pueden tener desacuerdos. Actuar de otro modo implicaría imponer coercitivamente las convicciones de algunos ciudadanos sobre otros. Así, por ejemplo, si las únicas razones que *justifican* un diseño institucional son de índole religiosa, adoptarlo equivale a imponer esas convicciones sobre aquellos que no las comparten. Lo mismo sucedería si el *objetivo* de las instituciones públicas fuese directamente imponer o promover una determinada concepción religiosa.

La segunda idea, sostiene que el pluralismo razonable es un hecho inevitable en el seno de sociedades liberales. Allí donde las instituciones públicas se encuentran organizadas para brindar protección a la libertad es dable esperar que los ciudadanos profesen concepciones éticas y cosmovisiones diferentes y hasta antagónicas. De esto se sigue que los ciudadanos razonables a quienes se aplican las instituciones coercitivas liberales poseen concepciones acerca de cuál es el modo correcto de vivir o visiones del mundo que no son compartidas (6).

La raíz última de la exigencia de que el Estado sea no confesional o neutral reside en una concepción de persona como sujeto sensible a razones. En tanto sujeto sensible a razones los individuos aspiran a dirigir su vida de acuerdo con aquellas consideraciones que ellos ven como razones. El carácter coercitivo del esquema de instituciones públicas representa una amenaza para esta aspiración. La amenaza radica en que la vida de los individuos sea determinada por el sistema de instituciones que se les aplica coercitivamente -fijando sus deberes, derechos, recursos y oportunidades- en lugar de estar determinada por sus propias consideraciones. El modo de conjurar esta amenaza es diseñar las instituciones coercitivas en base a consideraciones que todos aquellos a quienes se aplican puedan ver como razones.

Lo anterior determina que aquellas consideraciones sobre las cuales pueda existir desacuerdo razonable, no sean aptas para justificar las instituciones públicas ni para ser promovidas por éstas. Si, por un lado, los sujetos aspiran a dirigir su vida de acuerdo con lo que ellos consideran genuinas razones -reconociendo dicha aspiración en otros sujetos- y, por el otro, poseen desacuerdos razonables sobre qué cuenta como una razón, entonces esta no debe ser esgrimida como única justificación de un arreglo institucional ni ser promovida por éste. Dicho de modo concreto, si existe desacuerdo

variadas acerca de cuáles son los detalles concretos de una vida dotada de valor. La concepción del bien a la que apela tiene carácter estructural lo que posibilita que no excluya - y de este modo dé sustento a la tolerancia y a la neutralidad - las particulares concepciones substantivas de la "vida buena" que existen en el seno de las sociedades liberales. Ver DWORKIN, Ronald. "The Foundations of Liberal Equality", en Stephen Darwall (ed.) *Equal Freedom*, University of Michigan Press, Michigan, 1995, pp. 190-306.

(6) He defendido esta concepción de Estado neutral en mi libro *Neutralidad y Justicia*, Barcelona. Marcial Pons, 2004.

sobre si un hecho cuenta o no como una razón y este desacuerdo no puede explicarse por la mera irracionalidad o la mala fe de las partes, entonces ese hecho no es apto para justificar instituciones o políticas públicas, ni estas pueden tener por objeto promoverlo o penalizarlo.

Si las instituciones públicas coercitivas son justificadas o promueven concepciones sobre las que los sujetos desacuerdan -y no lo hacen por mera irracionalidad o por el deseo de mala fe de imponer sus convicciones sobre otros- su interés de dirigir su vida de acuerdo a las consideraciones que ven como razones no se encuentra satisfecho. Quien pretende que las instituciones públicas se encuentren justificadas o promuevan concepciones sobre las que otros de modo razonable desacuerdan, no trata a sus conciudadanos como sujetos de razones sino como meros objetos sobre los cuales impone sus convicciones.

Si estamos interesados en que nuestras instituciones públicas sean tolerantes y traten a los ciudadanos como sujetos y no como meros objetos, distinguir qué posiciones en el debate acerca del género son metafísicas, cuáles son científicas, éticas o políticas, es indispensable a la hora de diseñar o evaluar políticas públicas vinculadas al género. Sólo si se distinguen los diferentes asuntos es posible, en un segundo paso, identificar sobre cuál de estos tópicos puede existir desacuerdo razonable. De lo contrario se corre un doble riesgo. En primer lugar, puede considerarse erróneamente que ciertas discrepancias se encuentran dentro del ámbito del desacuerdo razonable. En este caso, cuestiones sobre las que es irrazonable desacordar, y que deberían ser objeto de intervención estatal, son dejadas de lado a la hora de diseñar las instituciones públicas. De este modo las instituciones y políticas estatales quedan paralizadas frente a problemas en los que efectivamente deberían involucrarse en relación con los cuales el Estado se vuelve inerte.

El segundo riesgo es la contratara del antes señalado y consiste en juzgar erróneamente que el ámbito de desacuerdo razonable es más restringido de lo que en realidad es. En este caso, cuestiones sobre las que es razonable desacordar son promovidas por el Estado o son introducidas como justificaciones de las políticas públicas. De este modo, las políticas públicas se vuelven “confesionales” y, por ende, intolerantes. Un esquema institucional no es “confesional” sólo cuando adhiere a una confesión religiosa, sino cuando confiesa su adhesión a cualquier concepción sobre la que ciudadanos razonables pueden tener desacuerdos.

En lo que sigue intentaré bosquejar algunas de las posiciones que han sido sostenidas en el debate acerca del género. El objetivo es identificar los diferentes asuntos que se encuentran involucrados. Una vez hecho esto, el paso siguiente será determinar sobre cuál de ellos puede existir desacuerdo razonable. Finalmente, esto permitirá establecer los asuntos en los que el Estado no debe involucrarse si aspira a tratar a sus ciudadanos con igual respeto. Para graficar los problemas que traen aparejadas las políticas de género “confesionales” o carentes de neutralidad, utilizaré algunas de las leyes que sobre esta materia ha dictado recientemente el parlamento argentino. Lo que justifica utilizar a la legislación argentina como referente es el hecho de que existe

un acuerdo creciente entre los teóricos y la ciudadanía en general de que constituyen un modelo a seguir (7). Creo que esta opinión es equivocada y que existen razones para considerar a esta legislación como intolerante.

II. Los debates acerca del género

El origen de los debates acerca del género puede rastrearse hasta los años 60s. Algunos psicólogos interesados en contar con un vocabulario que permitiese describir a aquellas personas cuya percepción de sí mismas no coincidía con su sexo biológico, introdujeron la noción de género. La distinción entre género y sexo fue acuñada en psicología para dar cuenta de aquellas personas que confesaban encontrarse atrapadas en un cuerpo equivocado. Mientras sus rasgos biológicos los ubicaban en el grupo de los hombres o las mujeres, sus patrones de comportamiento, rasgos de carácter y personalidad los hacían auto-percibirse como ubicados en un grupo diferente. El psicólogo Robert Stoller fue uno de los primeros en utilizar la distinción sexo/género en el sentido señalado. Específicamente, la distinción le permitió describir el fenómeno de la transexualidad señalando que en este supuesto el sexo y el género del individuo no eran coincidentes (8).

A partir de allí surgió un intenso debate en torno a la distinción sexo/género y aunque no existe acuerdo sobre el significado de estas expresiones, puede señalarse que mientras que el sexo hace referencia a rasgos biológicos -cromosomas, órganos sexuales, hormonas, etc.- que permiten clasificar a un ser humano como macho o hembra, el género permite clasificar a los seres humanos en varones y mujeres, en tanto dotados de ciertos patrones de comportamiento, rasgos de carácter y de personalidad.

Una vez formulada la distinción entre sexo y género, quedaron configurados dos bandos con respecto al modo en que ambos extremos se encontraban interconectados. En un lado quedaron los biologicistas que sostienen que el género viene determinado por el sexo (9). En el otro quedaron los constructivistas quienes afir-

(7) Esta parece ser la opinión de Brian Leiter quien el 10 de Mayo del 2012 señalaba en su famoso "Leiter Reports: a Philosophy Blog": "What explains why a Roman Catholic country in South America is so far out ahead on the decent treatment of gay men and women, as well as transgendered persons? This is a genuine question, I just don't know enough about Argentina to understand these developments." <http://leiterreports.typepad.com/blog/2012/05/argentina-takes-the-lead.html> (visitado por última vez el 9 de Julio del 2012).

(8) Cfr. STOLLER, Robert. *Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity*, New York, Science House, 1968.

(9) Aquí se incluyen quienes hacen referencia al sexo morfológico, gonádico, genital, hormonal o cromosómico. Según estas posiciones los rasgos de carácter, psicológicos y patrones de comportamiento que caracterizan a cada género son determinados por rasgos biológicos. Un precursor de esta corriente es Jean-Jacques Rousseau, quien señala en el *Emile*: "Boys seek movement and noise: drums, boots, little carriages. Girls prefer what presents itself to sight and is useful for ornamentation: mirrors, jewels, dresses, particular dolls. The doll is the special entertainment of this sex. This is evidently its taste, determined by its purpose. The physical part of the art of pleasing lies in adornment. This is the only part of that art that children can cultivate." ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emile or On Education*, Allan Bloom (trad.) New York, Basic Books, 1979, p.367.

man que el género depende de factores sociales, psicológicos o políticos. Para los primeros el género es algo dado naturalmente, para los segundos se trata de algo construido.

Ahora bien, si como habían mostrado los estudios iniciados por Stoller el sexo y el género podían discrepar, la conclusión obvia a extraer era que el biologicismo estaba equivocado. Ningún conjunto de rasgos biológicos podía verse como la causa suficiente de los patrones de comportamiento, rasgos de personalidad y carácter asociados de modo paradigmático con lo que ahora se denominaba género. Así, por ejemplo, la razón por la que las mujeres eran más empáticas, menos competitivas y más pasivas no obedecía a ninguna causa biológica. Lo mismo sucedía con la agresividad, competitividad y la tendencia a realizar conductas productivas de los varones.

Si las causas de los rasgos asociados con el género no estaban en la biología, algunos concluyeron que el lugar apropiado para buscarlas debía ser el de las relaciones sociales. Nuestro género no era producido por rasgos biológicos sino por un modo específico de socialización (10). La acción conjunta de los padres, de los grupos de pares, y en general de los roles culturales -concluyeron- debía ser la responsable de que algunos individuos se comportasen y se percibiesen como mujeres y otros como varones, con independencia de cual fuese su sexo biológico.

En su opinión, si el sexo biológico en general coincidía con el género no era porque el primero fuese la causa del segundo, sino porque de modo sistemático la sociedad impone a los machos y hembras humanos, ciertos patrones de conducta diferenciados. La sociedad enseña a cada uno cual es el modo apropiado de sentir, de expresarse y de comportarse. En síntesis, para este enfoque el aprendizaje social es la herramienta por la cual el género se construye. Mientras algunos patrones de comportamiento y rasgos de carácter son estimulados socialmente, otros son censurados, lo que en última instancia lleva a la diferenciación de géneros (11).

A pesar de la plausibilidad del enfoque precedente, algunos teóricos no quedaron convencidos con la respuesta ofrecida. El aprendizaje social les parecía una causa que no permitía explicar las diferencias de género más profundas. Específicamente, no daba cuenta de las diferencias en la estructura de la personalidad que ambos géneros presentaban. Aunque este conjunto de teóricos estaban de acuerdo con que las causas debían buscarse en la sociedad y no en la biología, no les parecía plausible que el

(10) La representante paradigmática de la posición que afirma que el género se adquiere a través del aprendizaje social ha sido Kate Millet. Cfr. MILLET, Kate. *Sexual Politics*, London, Granada Publishing, 1971.

(11) El biologicismo de Rousseau fue duramente criticado por Mary Wollstonecraft en su "A Vindication of the Rights of Woman" en D.L Macdonald y K. Sherff (eds.). *The Vindications: the Rights of Man and the Rights of Woman*, Ontario, Boradview, 1997, pp. 202 y ss. Wollstonecraft fue una de las primeras en llamar la atención sobre la incidencia de los factores sociales en la configuración de los rasgos de carácter asociados con el género. Señala: Everything that [children] see or hear serves to fix impressions, call forth emotions, and associate ideas, that gives a sexual character to the mind." En este sentido puede ser reconocida como una de las precursoras de las modernas teorías del aprendizaje social del género.

mecanismo generador de las diferencias fuese la enseñanza de ciertos patrones de comportamiento o rasgos de temperamento. Las causas debían de ser más profundas. Su conclusión fue que éstas residían en la división sesgada por el sexo de los roles referidos al cuidado de los niños. Que las mujeres fuesen en nuestras sociedades las principales encargadas del cuidado de los niños, era lo que producía las diferencias de género (12).

Que personas de sexo femenino (las madres), en lugar de individuos de sexo masculino (los padres), fuesen las encargadas de criar a los niños, sostuvieron, es lo que produce que el desarrollo psicológico de niños y niñas sea diferente. El inicio del proceso viene dado por el hecho de que la madre tiende a identificarse con su hija -a quien percibe como biológicamente semejante -más que con su hijo- a quien percibe como diferente-. Esto hace que la madre inconscientemente tienda a promover que su hijo se individualice con respecto a ella, esto es, incentiva que el hijo se vea como un "otro" con relación a ella. La consecuencia que esto trae aparejada es que el hijo desarrolle un "yo" fuerte y auto-centrado. Por el contrario, cuando se trata de una hija la tendencia materna a identificarse con ella hace que la madre de modo inconciente la desincentive a auto-afirmarse como un "otro". La consecuencia previsible es que las niñas desarrollan un "yo" menos fuerte, más flexible y menos auto-centrado.

El aprendizaje social, concluyeron, no es la raíz última de la identidad de género. Este aprendizaje se construye sobre los rasgos estructurales de personalidad generados por la relación madre/hijo-a y los refuerza, dando por resultado la identidad de género. Las mujeres son más empáticas, más emocionales, con una tendencia a no separar sus contornos personales de aquellos individuos que las rodean y, por ende, con una menor propensión a hacer valer sus propios intereses. Los varones, por el contrario, son más distantes, menos emocionales y con mayor tendencia a hacer valer sus propias pretensiones.

Finalmente, un tercer conjunto de teóricos llamó la atención sobre un factor en la construcción del género que los dos enfoques previos habían pasado por alto. Según estos teóricos las diferencias de género no son producto del aprendizaje social, ni del modo en que se construyen las personalidades de varones y mujeres, sino del poder y la dominación. A diferencia de las explicaciones previas -que prima facie no tomaban partido con respecto a si las diferencias de género eran moralmente correctas o incorrectas- esta tercera posición afirma que toda diferencia de género es injusta ya que es producto de una imposición. No se trata simplemente de que nuestro género nos haya sido asignado sin que hayamos tenido posibilidad de elegirlo -esto es algo que las dos respuestas previas comparten- se trata, por el contrario, de que la distinción de género masculino/femenino se corresponde con la de opresor/oprimido.

El hecho de que vivamos en sociedades patriarcales y jerárquicas, esto es opresivas sobre las mujeres, explica la existencia de géneros. Es constitutivo del varón -a

(12) Una de las principales defensoras de este enfoque ha sido Nancy Chodorow. Cfr. CHODOROW, Nancy. *Reproducing Mothering*, Berkeley, University of California Press, 1978 y "Family Structure and Feminine Personality", en *Feminism and Philosophy*, N. Tuana, and R. Tong (eds.), Boulder, Colorado, Westview Press, 1995.

diferencia del que tiene sexo masculino- el dominar, y es constitutivo de la mujer -a diferencia del individuo de sexo femenino- el ser dominada. El rol de la mujer es ser dominada y es impuesto a través de la dominación. Siendo esto así, carece de sentido hablar de igualdad de géneros, porque es esencial a la misma noción de género la desigualdad, esto es, la dominación (13).

III. Género, ciencia, metafísica, ética y política

El debate sobre la construcción del género que acabo de reseñar brevemente involucra diferentes asuntos que deben ser distinguidos cuidadosamente para determinar cuál de ellos puede ser utilizado a la hora de diseñar las instituciones públicas (14). Distinguir estos asuntos es indispensable si quiere evitarse el riesgo de diseñar instituciones estatales inertes o intolerantes.

Un primer asunto presente en el debate acerca del género, es el referido a cómo se construye la imagen que cada uno tiene de sí mismo. El problema de la construcción del género auto-percibido es un punto que han abordado todas las teorías ofreciendo respuestas diferentes. Estas respuestas son de índole científica puesto que aspiran a describir procesos fácticos, estableciendo regularidades. Como tales se encuentran sujetas a corroboración o refutación empírica. Quienes afirman que los patrones de comportamiento y rasgos de carácter y personalidad asociados a cada género son producidos por la mera biología, o a través del aprendizaje social, la conformación de la personalidad o la dominación, defienden hipótesis enfrentadas sobre este asunto.

Ninguna de estas hipótesis científicas ha sido corroborada hasta el punto de excluir a las restantes. En el estado actual de las investigaciones no es posible seleccionar alguna de estas hipótesis. No obstante, dado que todas las hipótesis aspiran a describir procesos empíricos, en principio la corroboración es posible. Como sucede con el resto de las hipótesis científicas, la tarea de corroboración o refutación debe quedar librada a los resultados que arrojen los diferentes programas de investigación.

En segundo lugar, se encuentra el asunto no ya de cómo nos percibimos, sino de qué somos. El problema aquí no radica, como en el caso anterior, en explicar los me-

(13) La representante más destacada de esta posición es Catherine MacKinnon. Cfr. MACKINNON, Catherine. *Toward a Feminist Theory of State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989 y "Difference and Dominance", in *Theorizing Feminisms*, E. Hackett and S. Haslanger (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2006.

(14) En lo que sigue daré por sentada la distinción género/sexo, y la bipartición de géneros, y no me detendré en las críticas formuladas. Las explicaciones usuales de la construcción de género han sido criticadas por no ser sensibles a otros factores que, se sostiene, también incidirían en la configuración del género tales como la raza o la clase. Esta crítica ha sido formulada recientemente por Elizabeth Spelman, en *Inessential Woman*, Boston, Beacon Press, 1988. Una crítica paralela ha sido desarrollada por Judith Butler, quien ha señalado que las nociones de género comúnmente utilizadas poseen una dimensión normativa -que señala que experiencias alguien debe haber tenido para contar, por ejemplo, como mujer- que es del todo inadecuada. Las concepciones usuales de género denuncian el carácter impuesto de las concepciones dominantes, pero sólo para imponer de modo subrepticio otra. Cfr. BUTLER, Judith. *Gender Trouble*, London, Routledge, 2a. edición, 1999.

canismos empíricos que explican por qué nos percibimos como varones o mujeres sino en determinar en qué consiste “ser” varón o mujer. Puesto que es posible que nos percibamos como algo que no “somos”, la pregunta tiene pleno sentido. Abre la posibilidad de que el género “autopercibido” no coincida con lo que el individuo “es”.

La pregunta por quién “es” mujer o varón, al igual que cualquier pregunta sobre la estructura profunda de la realidad, es de índole metafísica y no científica (15). Como tal no se encuentra sujeta a corroboración empírica. El no distinguir la pregunta científica referida al género “percibido” de la pregunta metafísica referida a lo que “somos”, ha llevado o bien a silenciar la pregunta por el “ser” o a creer que aunque hay dos preguntas tal cosa es irrelevante porque sus respuestas deben ser idénticas.

Algunos de quienes se encuentran abocados a identificar los procesos empíricos que determinan la “percepción” del género, han concluido que esta imagen percibida agota aquello en lo que el género consiste. Según esta posición el género es sólo una cuestión de percepción. No existe un substrato de realidad que se encuentre más allá, por debajo, de lo que percibimos. Sin embargo, esta posición no es más que una de las múltiples posiciones metafísicas que pueden adoptarse con respecto al “género”. Tal posición no elimina la pregunta “metafísica” sino que la silencia al ofrecer una respuesta escéptica (16).

Un segundo grupo no silencia la pregunta “metafísica”, sino que le da una respuesta científica. Para quienes sostienen esta posición “somos” tal y como nos “percibimos”. De modo que aunque hay dos preguntas -“¿cómo me percibo?” y “¿qué soy?”- no existen dos respuestas. Explicar cómo hemos llegado a “percibirnos” con cierto género es equivalente a explicar porqué “somos” de cierto género. Para estas posiciones no existe discrepancia entre el modo en que nos “percibimos” y aquello que “somos”. Ser mujer o varón no es más que percibirse como tal.

Estas posiciones son reduccionistas, en el sentido que aquello que “somos” es reducido al modo en que nos “percibimos”. Aquí se encuentran las posiciones no-biologistas que afirman que “ser” mujer o varón es simplemente reunir los patrones de comportamiento y rasgos de carácter y personalidad asociados a cada género. Sin embargo, las posiciones no-biologistas que reducen lo que “somos” al modo en que nos “percibimos” no son las únicas reduccionistas. También son reduccionistas las

(15) Los primeros activistas gays y lesbianas estaban especialmente interesados en mostrar el carácter esencial, inmutable o metafísico de sus identidades sexuales. Lo que buscaban era cuestionar la naturaleza heterosexual de todos los seres humanos. Sostenían que junto con los heterosexuales existía otra clase natural de individuos homosexuales.

(16) Pienso que el paradigma “queer” debe ser incluido dentro de este tipo de respuestas. Según este paradigma las identidades de género deben ser vistas como productos de las circunstancias vitales que contingentemente afectan a cada individuo y no como clases naturales. No existirían tal cosa como géneros metafísicos o naturales. Puede verse sobre este tema BLASIUD, Mark (ed.). *Sexual Identities, Queer Politics*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

posiciones biologicistas (17) que afirman que “ser” mujer o varón consiste sólo en reunir ciertas características biológicas. En el primer caso lo que “somos” es reducido a ciertos rasgos de carácter, patrones de conducta o estructura de la personalidad. En el segundo, lo que “somos” es reducido a ciertos rasgos biológicos.

El silenciar la pregunta metafísica con una respuesta escéptica o el ofrecer una respuesta reduccionista alineada con la respuesta científica, ha tenido como consecuencia que las respuestas metafísicas no-reduccionistas sean dejadas de lado. Tales posiciones sostienen -a diferencia de las escépticas- que “somos” de un género y -a diferencia de las reduccionistas- que aquello que “somos” no es equivalente al modo en que nos “percibimos” o a los rasgos biológicos que poseemos. Para estas posiciones el “ser” mujer o varón hace referencia a características “esenciales” más profundas, y no a características biológicas, psicológicas o patrones de comportamiento. Alguien podría alterar sus características biológicas o psicológicas, sin por ello alterar su masculinidad o femineidad entendida como la estructura profunda de su ser.

Un tercer asunto involucrado en el debate acerca del género, se refiere a si existe un modo valioso de conducir la propia vida que tenga peculiaridades según que se trate de un varón o una mujer -a nivel metafísico- o la de alguien que se percibe como varón o mujer. Aunque la mayor parte de las posiciones éticas no distinguen a la hora de atribuir deberes, derechos y virtudes entre varones y mujeres, existen algunas que sí lo hacen.

Así, por ejemplo, para algunas éticas de la virtud además de los rasgos de carácter que se consideran valiosos para todo ser humano, existen ciertos rasgos que se consideran virtudes de cada género metafísico. El “ser” varón o mujer determina que ciertas virtudes específicas nos sean exigidas. En estas concepciones las virtudes morales se asientan sobre la estructura metafísica del individuo, y a su vez esta estructura es diferente según cual sea el género al que el individuo pertenece. Así, por ejemplo, mientras la virilidad es una virtud masculina, la abnegación y el cuidado de los otros es vista como una virtud eminentemente femenina.

No obstante, no sólo algunas éticas de la virtud son sensibles al género metafísico. Algunas posiciones éticas centradas en los deberes y derechos morales de los individuos también poseen esta característica. Las posiciones éticas que consideran incorrectas y desviadas las relaciones sexuales entre individuos que “son” del mismo género, son un ejemplo. Lo mismo sucede con aquellas que consideran que los derechos y deberes morales maritales sólo pueden existir entre individuos de diferente género.

(17) A diferencia de los biologicismos a los que me he referido previamente, estas posiciones no reducen el género percibido al sexo biológico. No señalan que los rasgos de carácter, personalidad y patrones de comportamiento característicos de cada género son explicados por rasgos biológicos. Sostienen que “somos” varones o mujeres - con independencia de nuestros rasgos de carácter, personalidad, etc. - por los rasgos biológicos que poseemos. No se trata de una posición científica sino metafísica.

Tanto las posiciones que sostienen que existen virtudes morales diferenciadas por género, como aquellas que hacen hincapié en los deberes y derechos morales, se encuentran enraizadas en una determinada posición metafísica respecto de la distinción varón/mujer. Si un individuo “es” varón o mujer -con independencia de las alteraciones que haya sufrido su biología o su “autopercepción”- entonces es moralmente valioso que tenga ciertos rasgos de carácter y es moralmente incorrecto, o no le está permitido, llevar adelante ciertas conductas.

Por último, en cuarto lugar, se encuentra el asunto de cómo organizar nuestras instituciones públicas. El problema aquí reside en identificar el modo correcto de diseñar las instituciones que de modo coercitivo se nos aplican. La pregunta política general vinculada con el género es la siguiente: ¿Deben las cargas y beneficios de la cooperación social ser distribuidos de modo desigual según cuál sea el género metafísico, el sexo biológico, o el género percibido de un individuo? O puesto de modo más específico ¿Los derechos y deberes civiles y políticos, y el monto de oportunidades y recursos que un individuo posee deben ser sensibles al género?

Este problema de índole política es diferente al problema ético analizado con anterioridad. El problema ético consiste en determinar cuál es el modo moralmente correcto de conducir la propia vida. El problema de índole política, por el contrario, se refiere a cuál es el modo moralmente correcto de organizar las instituciones que regulan nuestra vida en común. Un ejemplo puede ayudar a ver la diferencia. Con respecto a las personas en las que su género auto-percibido no coincide con su sexo biológico o con su género metafísico es posible formular preguntas de índole ética o política. Una pregunta de índole ética sería, por ejemplo, si es moralmente correcto que mantengan relaciones sexuales con individuos de su mismo sexo biológico o metafísico. La pregunta política, por el contrario, sería si es moralmente correcto que tengan un derecho legal a mantener tales relaciones.

El ejemplo ayuda a percibir que la pregunta ética y la política son diferentes. Es perfectamente posible afirmar que es moralmente incorrecto mantener relaciones homosexuales y a la vez señalar que es moralmente correcto que los individuos tengan un derecho legal a mantenerlas. Quienes no advierten la diferencia entre las dos preguntas, ni la posibilidad de que ambas tengan respuestas divergentes, no perciben el distinto objeto al que se refiere la pregunta ética y la política. La pregunta ética se refiere a las diferentes conductas humanas. En el ejemplo planteado, la conducta de mantener relaciones sexuales. La pregunta política, por el contrario, se refiere al ejercicio de la coacción estatal a través de las instituciones públicas. En el ejemplo planteado, la pregunta es si está moralmente justificado que estas instituciones coercitivas prohíban las conductas homosexuales.

Dado que la pregunta ética y la pregunta política se refieren a diferentes cuestiones, es posible que ambas tengan respuestas divergentes. Es posible, como en el ejemplo, sostener que las conductas homosexuales son moralmente incorrectas y que los individuos no deberían realizarlas, y a la vez afirmar que el coaccionar a los individuos para que no realicen este tipo de conductas es también moralmente incorrecto.

IV. Género, tolerancia y neutralidad

Distinguir los problemas involucrados en el debate acerca del género permite determinar hasta dónde debe actuar el Estado si es que pretende ser no confesional o neutral. Como hemos señalado un esquema institucional puede ser confesional cuando adhiere o se encuentra fundado en una confesión religiosa, pero también lo es cuando apela a otro tipo de concepciones sobre la que puede existir desacuerdo razonable.

De lo que se trata, entonces, es de determinar si sobre los diversos asuntos que se encuentran involucrados en el debate acerca del género- de índole científica, metafísica, ética y política- es posible que exista desacuerdo razonable. Si puede existir desacuerdo razonable acerca de los procesos empíricos que producen la auto-percepción del género, o acerca de aquello en lo que consiste “ser” de un género, o sobre si las exigencias éticas son sensibles al género del que se “es,” o sobre si los deberes, derechos, oportunidades o recursos distribuidos por las instituciones públicas deben ser sensibles al género, entonces ninguna de estas consideraciones sería apta para ser esgrimida en el ámbito político. Hacerlo, implicaría ser intolerantes, esto es, implicaría promover un Estado confesional.

Por lo que respecta al estudio de los procesos empíricos que producen el género auto-percibido, hemos señalado que se trata de un problema de índole científica sobre el cual -en principio- no es posible la existencia de desacuerdo razonable. Si una hipótesis científica ha sido suficientemente testada, cualquier desacuerdo sobre ella es irrazonable. Sobre las verdades de la ciencia no puede existir desacuerdo razonable. El desacuerdo está fundado o bien en la ignorancia o en la mala fe. Este tipo de desacuerdo no debe ser tolerado por las instituciones públicas.

Ahora bien, con respecto a las hipótesis científicas acerca del género la ciencia no es pacífica. Como he reseñado, las teorías son múltiples y ninguna de ellas dispone a su favor de un cuerpo de evidencia que sea lo suficientemente abundante como para excluir a las restantes. Quienes defienden las diferentes teorías acerca del género auto-percibido no discrepan porque sean ignorantes o de mala fe. Discrepan debido al insuficiente cuerpo de evidencia colectado para respaldarlas, o al modo diverso en que interpretan la evidencia disponible.

Ninguna de estas teorías, en consecuencia, es apta para justificar el diseño de las instituciones públicas o para ser promovida por ellas. Así, por ejemplo, un Estado que aspire a ser neutral o no confesional no puede tener como objetivo diseminar alguna de estas teorías a través del sistema de enseñanza pública. Mientras ninguna de ellas haya sido corroborada, el Estado debe abstenerse de seleccionar alguna para incluirla en sus programas de enseñanza. Lo que debe hacer, a lo sumo, es enseñarlas a todas como hipótesis todavía no confirmadas. Un Estado que se comportase de otro modo se estaría entrometiendo en el campo de la ciencia, esto es, estaría utilizando la coerción para dar respaldo a una de las hipótesis científicas en pugna.

El Estado tampoco puede adoptar alguna de estas teorías como justificación de sus normas. La ley argentina de identidad de género (18) es un buen ejemplo de los problemas que pueden presentarse cuando el Estado adopta una posición científicamente controvertida como fundamento de su legislación. El artículo 3 de la ley señala que “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida.” La ley adopta aquí una curiosa posición con respecto a la relación entre sexo biológico y género. La misma es paralela aunque opuesta al biologicismo. Mientras el biologicismo afirma que el género viene determinado por el sexo biológico, la ley presume que el sexo biológico viene determinado por el género autopercebido. No puede existir otra explicación para la rectificación registral. Si, por el contrario, se aceptase que el sexo biológico no cambia con la autopercepción, entonces no bastaría invocar el género autopercebido para solicitar la rectificación registral del sexo biológico.

El precepto legal parece conducir a un dilema. O bien el Estado no suscribe la curiosa teoría de que el sexo biológico es determinado por el género autopercebido, y entonces la norma prescribe que las partidas registrales consignen datos falsos. O bien la norma no prescribe que se cometa una falsedad documental -consignando en una partida pública que una persona posee un sexo que no tiene- pero entonces suscribe la posición altamente controvertida de que el sexo biológico está determinado por el género con que los individuos se autoperciben. Como es impensable que el Estado prescriba a través de la legislación la adulteración de sus propios registros, es dable sostener que el Estado argentino se encuentra comprometido con una concepción peculiar acerca de la relación entre género y sexo.

Quienes defienden la hipótesis científica de que el género viene determinado por el sexo biológico o la hipótesis de que el género auto-percebido no determina el sexo biológico, tienen que vérselas con un rival inesperado. El rival no está representado por un cuerpo de evidencia que respalde alguna hipótesis contraria, sino por el poder coercitivo del Estado. Quien sostiene que el género autopercebido de una persona no basta para alterar su sexo biológico debe enfrentarse con los registros públicos estatales que señalan lo contrario.

Con respecto a la pregunta de índole metafísica referida a cual “es” nuestro género, tampoco es posible sostener que la diversidad de respuestas que han sido formuladas se asienta en la ignorancia o la mala fe. Ni quienes adoptan posiciones escépticas -señalando que se trata sólo una cuestión de percepción y que no existe algo que nos haga “ser” de un género- ni quienes adoptan posiciones reduccionistas -y equiparan lo que “somos” al modo en que nos “percibimos”- ni quienes adoptan posiciones no-reduccionistas -y sostienen que puede existir discrepancia entre el género del que “somos” y aquel en el que nos percibimos- lo hacen porque no presten atención a los hechos o porque los mueva algún interés oscuro.

(18) Se trata de la ley 26743 aprobada por el Senado argentino el 9 de Mayo del 2012.

Las cuestiones de índole metafísica no pueden resolverse apelando a datos empíricos y la clase de razones que se esgrimen a favor o en contra de cada una de las posiciones son complejas. Es esta falta de soporte empírico y la complejidad de las consideraciones a cotejar, lo que explica la existencia de desacuerdos. La pregunta por cuál es la estructura profunda de la realidad es la más compleja que podemos formularnos y, por ende, no es sorprendente que individuos racionales, bien informados y de buena fe, tengan respuestas discrepantes.

Dado que es posible que exista desacuerdo razonable con respecto a las cuestiones metafísicas vinculadas con el género, cualquier Estado que aspire a ser neutral debe abstenerse de justificar sus instituciones públicas tomándolas como fundamento, o de intentar promover alguna en particular. Así, por ejemplo, un Estado que afirma que dos individuos no pueden unirse legalmente porque no “son” de diferente género -con independencia de cómo ellos mismos se perciben- suscribe de modo indebido una concepción no-reduccionista de género. Lo mismo sucede con un Estado que reconoce la posibilidad de la unión legal sobre la base de que las personas “son” del género que se “perciben”. En este caso el Estado de modo indebido suscribe una concepción reduccionista de género.

Un Estado neutral o no-confesional no debe permitir que los ciudadanos utilicen el poder coercitivo estatal para dirimir cuestiones metafísicas acerca de las cuales es razonable que tengan posiciones divergentes. Si, como he señalado, quien “es” varón o mujer -más allá de cómo se perciba- es un asunto controvertible, no es posible que el Estado tome partido por algunas de las posiciones en pugna. Así, un Estado que establece que los registros públicos darán fe del género que los individuos “son” y, adicionalmente, permite alterar dichos registros a voluntad de los propios individuos de acuerdo a cual sea su género auto-percibido, adopta de modo indebido una concepción reduccionista con respecto al género. Quienes de modo razonable sostienen una posición no-reduccionista no son tratados como sujetos de razones. Otra concepción metafísica les es impuesta coercitivamente. El Estado de modo coercitivo afirma que lo que ellos sostienen -esto es que la autopercepción no determina el género del que “somos”- es falso. El problema metafísico de quien “es” varón o mujer deja de estar en manos de la sociedad civil y del libre debate de ideas y es resuelto de modo coercitivo por el Estado.

La ley argentina de identidad de género también sirve para ejemplificar el problema que he mencionado. En su artículo 2 toma partido por una de las múltiples concepciones metafísicas acerca del género, a saber, aquella que señala que los individuos “son” del género que se “perciben”. Dice el texto del artículo: “...Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo...” (19). Si el género que nos identifica, esto es el género del que “somos”, viene determinado por la “vivencia inter-

(19)Cuál es el género que nos identifica como quienes somos es precisamente un problema de índole metafísica.

na e individual del género tal como cada persona la siente”, entonces el género auto-percibido es equivalente al género del que “somos”. Nunca nuestra auto-percepción del género puede ser equivocada. No obstante, como he señalado, esta no es más que una de las múltiples posiciones metafísicas acerca del género. De modo coercitivo el Estado ha zanjado una discusión teórica, estableciendo que las concepciones no-reduccionistas en materia de género están equivocadas (20).

Quienes defienden posiciones reduccionistas o no-reduccionistas acerca de la identidad de género no desacuerdan sobre la importancia que tiene tal identidad. No se trata de que los reduccionistas estén interesados en proteger la identidad de género mientras que los no-reduccionistas consideren que tal cosa es poco importante. Ambos acuerdan en que la identidad de género posee relevancia, pero discrepan a la hora de responder a la pregunta referida a qué nos hace “ser” de un género. Dado que se trata de una discrepancia razonable, los ciudadanos no deberían utilizar el aparato coercitivo del Estado para dirimirla.

Con respecto al tercer asunto involucrado en el debate acerca del género -el referido a si existe un modo valioso de conducir la propia vida que tenga peculiaridades según que se trate de alguien que “es” o se “percibe” como un varón o una mujer- existen desacuerdos que tampoco están fundados en la ignorancia o la mala fe. Tanto quienes condenan moralmente ciertas prácticas sexuales, como quienes las consideran moralmente permisibles, no lo hacen porque posean información incompleta acerca de los hechos o porque posean malas intenciones.

Al igual que sucede con las cuestiones metafísicas, las cuestiones de índole ética no pueden resolverse apelando a datos empíricos y las razones involucradas son sumamente complejas. La falta de soporte empírico y la complejidad del tema -no la ignorancia o la mala fe- es lo que permite explicar la existencia de desacuerdos persistentes entre personas razonables. Siendo los desacuerdos en materia moral razonables, un Estado que aspira a ser neutral o no-confesional no debe justificar sus políticas o instituciones en concepciones morales acerca de cual es el modo adecuado de vivir ni debe intentar promover o desincentivar ninguna de ellas.

Existen dos modos de oponerse a la idea de neutralidad del Estado en materia ética: el Perfeccionismo y el Moralismo Jurídico. Uno de los primeros en exponer el argumento del Moralismo Jurídico fue Patrick Devlin (21). La circunstancia que motivó el argumento de Devlin a favor de la imposición de la moral por parte de las instituciones políticas, fue la publicación del “Wolfendon Report” acerca de la regulación legal de la homosexualidad. El reporte recomendaba la no intromisión del Estado en las conductas homosexuales entre adultos llevadas adelante por mutuo consentimiento y en privado. El reporte, apelando a la distinción entre lo público y lo privado, seña-

(20) Si el texto de la ley es entendido como suscribiendo el paradigma “Queer”, la falta de neutralidad sigue estando presente. En lugar de adoptar una concepción reduccionista, la ley adoptaría una de índole escéptica.

(21) DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

laba que debía dejarse un ámbito de moralidad o inmoralidad en el que el derecho no debía inmiscuirse (22). El argumento de Devlin estuvo dirigido a cuestionar esta conclusión.

La premisa sobre la que Devlin apoya su argumento no sostiene el valor moral de conducir la vida privada de un modo o de otro, sino el valor moral de la sociedad o la comunidad política. El primer paso de Devlin apela a un valor político en lugar de un valor que se aplica a las formas de vida de los ciudadanos en el ámbito privado. La existencia de la sociedad es moralmente valiosa. El paso siguiente del argumento sostiene que así como los individuos tienen un derecho a la auto-defensa -derecho que el mismo Stuart Mill reconocía que se encontraba detrás del principio liberal del daño a terceros como justificación de la coacción estatal- así también la sociedad tiene derecho a defender su propia existencia. De esto se sigue que la sociedad tiene derecho a proteger todo aquello que necesita para existir.

Habiendo sentado estas dos premisas Devlin se ocupa de establecer aquello que una sociedad necesita para existir. A diferencia de un individuo que es una unidad física, la sociedad no se mantiene unida físicamente sino a través de creencias e ideas compartidas. Dentro de estas creencias compartidas ocupan un lugar destacado las creencias morales. Estos vínculos son necesarios para la existencia de la sociedad, puesto que si ellos se debilitan o desaparecen entonces la misma sociedad deja de existir. Al poner juntas las dos premisas anteriores con ésta última, la línea argumental de Devlin comienza a vislumbrarse. La existencia de la sociedad es algo moralmente valioso porque los seres humanos para subsistir necesitan de la sociedad. La sociedad tiene un derecho de auto-defensa que es análogo y se funda en el derecho de auto-defensa que tienen los individuos. Una condición necesaria para que exista la sociedad es que se mantengan en pie las creencias y valores compartidos que unen a sus miembros (23).

El corolario del argumento de Devlin es que la sociedad puede proteger su existencia utilizando el aparato estatal para dictar normas y llevar adelante políticas que tengan por objetivo defender a los valores morales que son el cemento que mantiene unido a sus miembros. La sociedad puede utilizar al derecho para preservar la moralidad común que la mantiene unida y que es esencial para su existencia (24). Así, dadas las creencias morales de la sociedad inglesa con respecto al carácter desviado de la homosexualidad, la recomendación del informe Wolfendon acerca de que la moralidad privada debía quedar exenta de la interferencia estatal era desacertada. La sociedad tiene derecho, concluyó Devlin, a preservar sus creencias morales utilizando para ello el aparato coercitivo del Estado. Permitir la proliferación de conductas homosexuales pondría en riesgo las creencias morales que la mantienen unida. Las creencias morales de nuestra sociedad están, en palabras de Devlin,

(22) Cfr. "Wolfendon Report", Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. 247, 1957, parágrafo 61.

(23) Cfr. DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 10.

(24) Cfr. DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 11.

“empotradas en la casa en la que vivimos y no sería posible removerlas sin tirar la casa abajo” (25).

Un punto que importa destacar es que el argumento moralista sirve para imponer coercitivamente cualquier convicción moral que mayoritariamente sea sostenida por una sociedad. Quien intenta preservar, utilizando el aparato coercitivo del Estado, la idea mayoritaria de que la homosexualidad es moralmente disvaliosa -tal como pretende Devlin -es tan moralista como quien intenta preservar la idea contraria. Un Estado que señala que la creencia social de que todas las formas de vivir la sexualidad son éticamente valiosas es esencial para la existencia de la sociedad, y que en base a esto diseña políticas para promoverla, es un Estado tan moralista como el que Devlin intentaba instaurar. Un Estado semejante ha mudado de moralismo sin abandonarlo.

Las políticas y legislaciones que apelan a la evolución de las convicciones morales de la sociedad deben ser vistas, en consecuencia, con sospecha. Si cierto arreglo institucional sólo puede verse justificado debido a que los ciudadanos mayoritariamente profesan ciertas convicciones éticas -por ejemplo, una que señala que toda forma de vivir autónomamente elegida es moralmente valiosa- es probable que dichas instituciones tengan por objetivo promover o alentar dichas convicciones. El moralismo de la “autonomía” no deja de ser “moralismo”.

Frente a ambos tipos de moralismos pueden ofrecerse los argumentos que contra Devlin esgrimió Hart. En primer lugar, Hart concede la premisa de Devlin de que una sociedad para existir necesita de una moralidad compartida (26), pero pone en cuestión que esto se logre manteniendo inmutable la moralidad que comparte en un tiempo dado. Nada impide que la sociedad mude unas creencias morales compartidas por otras creencias igualmente compartidas (27). En segundo lugar, Hart se ocupa de quitarle al argumento moralista la pátina de legitimidad democrática con la que se encuentra revestido. Para esto contrapone a la democracia como forma de gobierno con el populismo democrático, entendido como una doctrina acerca de cómo debe determinarse la forma moralmente valiosa de vida. Según éste último el modo moralmente correcto de vivir es aquel que considera moralmente valioso la mayoría. Hart considera esto último una extralimitación de la regla de mayoría democrática. Que una concepción moral sea mayoritaria no dice nada con respecto a su corrección moral, y menos con respecto a la corrección moral de su imposición a través del derecho.

El principal punto de discrepancia que el Liberalismo y su ideal de neutralidad mantienen con el Moralismo Jurídico se refiere al modo de concebir la sociedad. Para el Liberalismo una sociedad puede mantenerse unida con independencia de cuáles

(25) DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 10.

(26) Hart concede esto sólo a los fines del argumento, puesto que critica a Devlin no haber ofrecido ninguna prueba empírica de esta premisa.

(27) Dado que a Devlin le interesan las creencias morales del hombre común, si las creencias compartidas por los hombres comunes cambian esto no representa ninguna amenaza para la existencia de la sociedad.

sean las concepciones éticas de sus ciudadanos. Para preservar la unidad no se requiere siquiera que estos acepten a la autonomía como el valor supremo de su concepción del bien. Específicamente, en lo que respecta al género, no es necesario que profesen una concepción de ética sexual según la cual todas las formas de vivir la sexualidad son valiosas si han sido autónomamente elegidas. La unidad social puede preservarse con la condición de que acepten una concepción política acerca de cómo las instituciones deben distribuir los deberes, derechos, oportunidades y recursos.

El segundo modo de poner en cuestión la neutralidad del Estado en materia moral está representado por el perfeccionismo. Éste establece, por así decirlo, una división del trabajo filosófico. La tarea de la ética es descubrir el ideal de vida y las reglas y principios morales objetivos a los que una vida buena debía ajustarse. La tarea de la filosofía política consiste en diseñar instituciones que sirvan para promover este ideal entre los ciudadanos. No sólo es permisible que las instituciones políticas -incluidas las jurídicas- tengan por objetivo promover una forma de vida o estén justificadas en una particular concepción del bien, sino que es necesario que así sea. Las instituciones políticas son vistas como un instrumento para que los ciudadanos alcancen el ideal de vida que les permita desarrollarse como seres humanos plenos.

Las concepciones perfeccionistas poseen dos elementos. El primero es un ideal de vida humana o una concepción de “vida buena”. Lo que hace buena o valiosa una particular forma de vida sobre otras es que instancie ciertas excelencias o logros. Estos rasgos de excelencia son concebidos de modo objetivo, como algo a ser descubierto o revelado. Este primer elemento es lo que distingue a las diversas concepciones perfeccionistas. Diversas concepciones perfeccionistas profesan diferentes ideales de perfección humana. El segundo elemento es un modo de concebir la política. El modo correcto de diseñar las instituciones políticas es aquel que promueve en los ciudadanos que las habitan los rasgos de excelencia que vuelven sus vidas valiosas.

Un riesgo que presentan las políticas perfeccionistas es el de cercenar la autonomía individual. Si las instituciones políticas pueden promover cierta forma de vida, aun a través del recurso de la coacción, entonces la autonomía individual se encuentra en riesgo. Así, por ejemplo, si el ideal de vida humana incluye ciertas pautas con respecto al modo bueno de vivir la sexualidad o al modo correcto de auto-percibirse, nada impediría que las instituciones políticas penalizaran las conductas sexuales o las identidades percibidas que no se ajustan a ese ideal, como un intento de disuadir a los ciudadanos que desean adoptarlas (28).

(28) El conflicto entre autonomía y perfeccionismo no es inevitable. No hay nada en la estructura de las concepciones perfeccionistas que de modo necesario las lleve a promover políticas que cercenan la autonomía individual. Todo depende de cómo es concebido el ideal de “vida buena”. Si este incluye el valor de la autonomía, esto es, si una vida valiosa es aquella que es dirigida autónomamente por quien la vive; y si el ejercicio de la autonomía requiere la existencia de alternativas valiosas entre las que elegir, entonces queda abierto el camino para un tipo de perfeccionismo liberal. Este camino es el que ha tomado Joseph Raz en *The Morality of Freedom*.

Para evitar este riesgo en materia de género dos caminos quedan abiertos que cuestionan cada uno de los elementos que configuran a las posiciones perfeccionistas. El primero consiste en cuestionar que exista un único modo moralmente valioso de vivir la sexualidad. El segundo, pone en cuestión la idea de que sea función de la política promover que los ciudadanos adopten cierto modo de concebir y llevar adelante su vida sexual. Dado que adoptaré este último camino al abordar el análisis de los problemas de índole política involucrados en el debate acerca del género, en lo que sigue exploraré la primera estrategia.

El primer objetivo puede ser alcanzado de dos modos. Uno consiste en sostener que no existe ningún modo de vivir la sexualidad que sea objetivamente valioso. Otro afirma que existe una pluralidad de alternativas valiosas, dado que lo que vuelve valioso a los modos de vivir la sexualidad es el hecho de que hayan sido autónomamente elegidos (29). No existen conductas sexuales que sean intrínsecamente valiosas, sino que su valor proviene de la elección autónoma. La autonomía es el único valor y los modos de vivir la sexualidad son valiosos sólo si son fruto del ejercicio de la autonomía.

Aparentemente las dos variantes garantizan la neutralidad del Estado y protegen a los individuos frente a la imposición coercitiva de concepciones éticas referidas a la sexualidad sobre las que puede existir desacuerdo razonable. Si no existe un modo de vivir la sexualidad que sea mejor que otro, o si cualquier modo que sea autónomamente elegido es igualmente valioso, no está justificado que el Estado funde sus políticas e instituciones en base a uno de ellos o intente promoverlo. En el primer caso la neutralidad del Estado está fundada en una concepción metaética de índole nihilista o relativista. En el segundo, se la funda en una concepción de ética sexual cuyo valor supremo es la autonomía.

A pesar de lo plausible que -dado nuestro ambiente cultural- puedan parecer estas estrategias, las mismas son modos incorrectos de fundar la neutralidad. La razón de ello reside en que cualquier Estado que las adoptase terminaría justificando sus políticas e instituciones públicas en una concepción metaética -relativista o nihilista- o en una concepción ética -cuyo valor central es la autonomía- que son tan controvertidas como las concepciones de moralidad sexual con respecto a las cuales aspira a ser neutral. Quienes sostienen una concepción sustantiva de ética sexual, según la cual hay conductas e identidades sexuales intrínsecamente inmorales, es razonable que desacuerden tanto con quienes sostienen posiciones nihilistas o posiciones procedimentales que vuelven valiosa cualquier elección autónoma. El Estado que adopta o promueve alguna de estas concepciones la impone de modo coercitivo sobre aquellos que razonablemente discrepan con ellas.

Un Estado que para protegerse de los riesgos que implica el perfeccionismo adopta una concepción metaética nihilista o una concepción de moralidad sexual basada

(29) Existen otras alternativas que no analizo en el texto. Una de ellas sostiene que cualquier modo de vivir la sexualidad -aun si no ha sido fruto de una elección autónoma- es moralmente valioso. Me he concentrado en el que apela a la autonomía para mostrar porqué, a pesar de las apariencias, no es neutral o liberal.

en la autonomía, termina incurriendo en el mismo mal del que intentaba cuidarse. Termina no respetando a sus ciudadanos como sujetos de razones e imponiendo sobre ellos concepciones con las que estos de modo razonable desacuerdan. Un tipo de intolerancia es reemplazada por otra. La intolerancia nihilista o la que considera que el único valor es la autonomía, no dejan de ser intolerancias.

Lo señalado tiene profundas consecuencias para el modo en que el Estado debe legislar y diseñar políticas. En primer lugar, en contra del moralismo, el Estado no debe hacer suyas las concepciones de ética sexual que son mayoritariamente sostenidas por los miembros de la sociedad. Esto es válido aún si las concepciones mayoritarias son aquellas que consideran que el valor de la autonomía es el valor supremo en materia de sexualidad.

En segundo lugar, en contra del perfeccionismo, el Estado no debe adoptar ninguna concepción de ética sexual sobre la base de que es moralmente correcta. No debe hacerlo con las concepciones sustantivistas que consideran que hay conductas sexuales objetivamente valiosas o disvaliosas, ni con las concepciones procedimentales fundadas en la autonomía.

En tercer lugar, no debe adoptar ninguna posición metaética acerca del valor objetivo de las concepciones de ética sexual. Específicamente, no debe comprometerse con la concepción que afirma que ninguna forma de vivir la sexualidad es éticamente superior a otra. El Estado debe evitar sostener que es tolerante con la diversidad sexual porque todas las alternativas son igualmente valiosas.

Un ejemplo concreto, referido al diseño de políticas educativas, puede ayudar a percibir la importancia de lo señalado. El Estado, a través del sistema de educación, no debe tener por objetivo transmitir una concepción ética referida a cuál es el modo éticamente correcto de vivir la sexualidad. Esto incluye la concepción que señala que cualquier forma de vivir la sexualidad es éticamente valiosa si ha sido autónomamente elegida. Tampoco debe promover una concepción metaética relativista según la cual no existe un ideal objetivo de vida sexual -ni siquiera uno que apela a la autonomía- sino que todas las formas de vivir la sexualidad son igualmente valiosas. El Estado no debe promover una forma de tolerancia que se asiente en la idea de que todas las formas de vivir la sexualidad son éticamente valiosas.

Que existan ciudadanos que consideran que su forma de vivir la sexualidad es éticamente superior a las formas alternativas, o que consideran que ciertas prácticas sexuales son aberrantes o éticamente incorrectas, no representa un problema que el Estado deba solucionar. Así, por ejemplo, un Estado que promulga normas o diseña políticas que tienen por objetivo desalentar que sus ciudadanos adopten concepciones éticas según las cuales las conductas homosexuales son moralmente incorrectas es un Estado intolerante que toma partido sobre cuestiones éticas acerca de las cuales existe desacuerdo razonable.

Esto parece llevar al Estado liberal a un callejón sin salida, porque da la impresión de que si el Estado no puede promover la idea de que todas las formas de vivir la se-

xualidad son igualmente valiosas, entonces tampoco puede promover la tolerancia. Creo que lo que subyace a esta idea es un modo incorrecto de entender la tolerancia política que caracteriza al Liberalismo. Que existan ciudadanos que consideran que ciertas formas de vivir la sexualidad son moralmente incorrectas, no amenaza la tolerancia que el Liberalismo intenta promover. Del mismo modo que el hecho de que existan ciudadanos que consideran que ciertas formas de vida religiosa son moralmente incorrectas, no pone en riesgo la tolerancia religiosa.

Aun si la mayor parte de la sociedad considera que ciertas formas de conducta sexual son incorrectas o despreciables, esto todavía no basta para señalar que la sociedad es políticamente intolerante y, por ende, no es suficiente para justificar la intervención del Estado. De modo análogo, aun si la mayoría de una sociedad es atea o considera que ciertas creencias religiosas o identidades religiosas son incorrectas o despreciables, esto no basta para señalar que dicha sociedad es políticamente intolerante en materia religiosa. Por supuesto, quienes se encuentran en los grupos minoritarios de ambas sociedades no vivirán de modo confortable. Sus convicciones y acciones se encontrarán constantemente desafiadas por la crítica social. No obstante, la tolerancia no exige que el Estado construya un entorno amigable para nuestras acciones o convicciones.

Así, por ejemplo, el vivir en una era secular donde las creencias religiosas se encuentran en retirada, hace que llevar a la práctica las propias creencias religiosas sea sumamente dificultoso. Aun las palabras de un creyente son automáticamente desvalorizadas debido al entorno cultural. Sin embargo, nadie diría que el Estado que no hace nada para cambiar dicha situación -por ejemplo, combatiendo el ateísmo activo que afirma que toda religión es una farsa- es un Estado políticamente intolerante. Por el contrario, el Estado sería políticamente intolerante si intentase desincentivar las creencias ateas mayoritarias.

Lo mismo se aplica a las concepciones de ética sexual. Si un individuo de orientación homosexual vive en una sociedad donde esto es considerado inmoral, su vida será tan dificultosa como la del creyente en el seno de una sociedad atea. Sus palabras serán desacreditadas y sus acciones serán constantemente evaluadas socialmente. Sin embargo, no creo que esto baste para sostener que el Estado que no hace nada para alterar dicha situación, es políticamente intolerante. El Estado sería intolerante si hiciese algo para cambiarlo.

La tolerancia que caracteriza al liberalismo, y que es un producto de la neutralidad o del carácter no confesional del Estado, no es una tolerancia ética sino política. Un punto esencial para el Liberalismo es que ser tolerantes a nivel político sea compatible con no serlo a nivel ético. Mientras la tolerancia ética se refiere a si ciertas concepciones del bien deben ser o no moralmente reprochadas, la tolerancia política se refiere a si ciertas concepciones del bien deben o no ser promovidas o penalizadas a través del aparato coercitivo del Estado o si deben ser utilizadas como justificación de dichas políticas. Un Estado es políticamente neutral y tolerante en materia de género cuando distribuye los derechos, deberes, oportunidades y recursos de una manera que no es

sensible a la forma de vivir la sexualidad que poseen los ciudadanos o a su identidad de género, y cuando no justifica las políticas y legislación que adopta en base a concepciones éticas o metafísicas sobre el género y la sexualidad que son controvertidas.

Siendo este el caso, que los individuos consideren ciertos comportamientos sexuales como éticamente reprochables o ciertas identidades sexuales como moralmente pervertidas, no es un problema que deba interesar al Estado. No es algo que el Estado deba remediar, promoviendo la posición que sostiene que todas las formas de vivir la sexualidad son éticamente valiosas. Si los derechos, deberes, oportunidades y recursos que distribuye el Estado a través de sus instituciones no obedecen a un patrón que premia o castiga ciertas conductas sexuales o ciertas identidades de género, y sus políticas y leyes no se encuentran justificadas en concepciones éticas acerca de la sexualidad, el Estado es neutral y tolerante y no hay nada que pueda serle reprochado. Una sociedad que no es éticamente tolerante con ciertas formas de vivir la sexualidad no será un lugar amigable para quienes las adopten, pero en tanto esto no incida en la distribución de derechos, deberes, oportunidades y recursos que efectúan las instituciones públicas, y en tanto sus políticas y leyes no estén justificadas en la concepción ética mayoritaria, no hay nada que pueda reprocharse al Estado.

Tal vez un ejemplo extremo pueda ayudar a entender lo que acabo de expresar. Imaginemos una sociedad en donde existe un grupo mayoritario de individuos que consideran que las conductas homosexuales son éticamente pervertidas. Como consecuencia de ello, la mayoría no desarrolla vínculos de amistad con homosexuales y se sienten incómodos en su presencia. Imaginemos adicionalmente que debido a estas creencias, cada vez que un homosexual sube a un transporte público, los otros pasajeros descienden para no tener que compartir el viaje con él. No obstante, este mismo grupo considera que los homosexuales deben tener los mismos deberes y derechos que cualquier ciudadano. Así, por caso, consideran que tienen derecho a viajar en el transporte público. Esa es la razón por la que para evitar el contacto con quienes consideran pervertidos no les prohíben el acceso sino que optan por excluirse ellos mismos con el objeto de no compartir el viaje.

¿Existe algo aquí que deba ser remediado por el Estado? ¿Un Estado que permitiera que esto suceda sería intolerante, carente de neutralidad, o adoptaría alguna concepción sobre el modo correcto de vivir la sexualidad? Pienso que la respuesta es negativa. Aunque dadas mis propias convicciones éticas considero que la actitud de este grupo es moralmente incorrecta, no creo que la misma implique ninguna intolerancia política, a condición de que la misma no incida en el modo en que las instituciones públicas distribuyen los derechos, deberes, oportunidades y recursos.

Un Estado neutral y tolerante con respecto a las formas de vivir la sexualidad debe serlo aun con respecto a las concepciones que hacen objeto de crítica moral a las concepciones divergentes. Un Estado que decide alentar la visión de que ningún modo de vivir la sexualidad es éticamente reprochable toma indebidamente partido o confiesa su adhesión por una de las múltiples posiciones sobre el tema. Un Estado neutral, tolerante y no-confesional, sólo debe desincentivar aquellas posiciones que pretenden

diseñar las instituciones públicas para que premien o castiguen un modo específico de vivir la sexualidad o que pretenden justificar el diseño de las instituciones públicas sobre la base de una concepción de ética sexual.

Lo señalado conduce directamente al cuarto asunto involucrado en el debate acerca del género. Como he señalado, se trata de cuál es el modo correcto de distribuir los derechos, deberes, oportunidades y recursos fruto de la cooperación social. Un Estado no confesional o neutral es uno que considera que la autonomía es un valor moral, aunque no la autonomía ética sino la autonomía política. A diferencia de aquélla, ésta no consiste en la capacidad para elegir libremente la forma de vivir la propia sexualidad. Como hemos señalado, la posición que afirma que el modo de vivir la sexualidad es valioso sólo si es fruto de una decisión autónoma no es más que una de las múltiples concepciones éticas que pueden poseer los ciudadanos y respecto de las cuales el Estado debe ser neutral.

La autonomía política, por el contrario, afirma que sea cual sea la forma de vivir la propia sexualidad o la identidad de género que un ciudadano posea, esto no debe alterar los deberes, derechos, oportunidades y recursos que les atribuyen las instituciones públicas. Que un individuo cambie el modo de vivir su sexualidad, altere el modo en que percibe su género o altere su propia constitución física, no debe incidir en el status público que las instituciones le confieren. Para lograr tal cosa las instituciones públicas no deben tener por objeto promover o desincentivar ninguna concepción ética o de identidad de género, ni deben estar justificadas sobre la base de ellas.

No puede existir desacuerdo razonable acerca del valor de la autonomía política. La posición política que sostiene que las instituciones públicas deben distribuir los deberes, derechos, oportunidades y recursos de un modo que no sea sensible al género no puede ser objeto de desacuerdo razonable. Quien sostiene que las instituciones públicas deben premiar o castigar ciertas identidades de género o ciertas maneras de vivir la sexualidad, no es alguien razonable. No se trata de alguien que tenga el deseo de vivir en instituciones que otros -que no comparten sus propias convicciones- puedan aceptar. En consecuencia, este tipo de desacuerdo no es uno en relación con el cual el Estado deba permanecer neutral. Por el contrario, el Estado debe desincentivarlo a través de sus políticas y no darle ninguna cabida en su legislación.

La concepción política de la autonomía, adicionalmente, es neutral o no confesional porque, en primer lugar, es compatible con sostener cualquiera de las posiciones científicas referidas a los procesos empíricos que originan el género autopercibido. Tanto el biologicismo como el constructivismo, en sus diversas variantes, pueden afirmar que es moralmente valioso vivir en una sociedad donde la distribución de los derechos, deberes, oportunidades y recursos no es sensible al género. Lo mismo se aplica a quienes sostienen posiciones metafísicas reduccionistas o no reduccionistas con respecto al género, y quienes afirman concepciones de ética sexual relativistas, nihilistas u objetivistas. Un Estado que garantiza la autonomía política de sus ciudadanos en materia de género, no justifica sus políticas ni promueve ninguna concepción acerca del género sobre las cuales los ciudadanos razonables puedan discrepar.

En un Estado neutral o no confesional el lugar en donde se resuelven las disputas científicas, metafísicas, o éticas es la libre discusión en el seno de la sociedad civil. Quien utiliza el aparato coercitivo del Estado para promover su concepción religiosa del mundo o justifica el diseño de las instituciones estatales sobre la base de ellas, realiza una acción tan incorrecta como quien utiliza el aparato coercitivo del Estado para imponer su concepción acerca del género, ya sea diseñando las instituciones públicas con el objetivo de promoverla o justificando dichas instituciones sobre su particular concepción. En ambos casos aquellos que no comparten estas concepciones -religiosas o de género- no son respetados como sujetos de razones y son tratados como meros objetos.

Nuevamente, tomar de ejemplo la legislación argentina puede ayudar a percibir con más claridad lo que acabo de señalar. El artículo 2 de la ley de matrimonio igualitario (30) que modifica el artículo 172 del Código Civil, establece que “(e)l matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. De este modo el Estado argentino sostiene a través de su legislación que las uniones de personas del mismo sexo y las uniones de personas de diferente sexo constituyen un matrimonio por igual. Esta aseveración lo aleja del ideal de Estado neutral (31).

Dada la carga valorativa positiva que posee la palabra “matrimonio” establecer a través de la legislación que ambos tipos de uniones constituyen un “matrimonio” puede tener el objetivo de incidir a través del aparato coercitivo del Estado sobre el modo en que la sociedad civil valora ambos tipos de uniones. Afirmar que se trata de “matrimonios” por igual puede transmitir la errónea idea de que lo que subyace a la legislación es la idea de que ambas uniones poseen igual valor ético, lo que tal como he señalado es una cuestión sobre la que personas razonables pueden discrepar.

El modo en que un Estado neutral debe legislar es uno que minimice el impacto que la legislación tendrá sobre las cuestiones controvertidas que deben ser resueltas por la sociedad civil. Una legislación más acorde con el ideal de neutralidad sería una que no utilizase un rótulo con connotaciones éticas positivas como “matrimonio” sino el más neutral de “unión civil” (32). Tal legislación haría desaparecer el rótulo de “matrimonio” del ordenamiento jurídico -que posee connotaciones valorativas y no sólo designa un conjunto de deberes y derechos legales- y utilizaría en su reemplazo uno

(30) Se trata de la ley 26.618.

(31) Es importante destacar que una legislación que reserva el rótulo de “matrimonio” sólo para las parejas heterosexuales -tal como antes hacía la legislación argentina- es también carente de neutralidad de acuerdo con el argumento que voy a ofrecer.

Un ejemplo patente de esta falta de neutralidad e intolerancia política ha sido la propuesta de enmienda constitucional realizada por George Bush con el objeto de establecer que el único matrimonio válido dentro del sistema jurídico estadounidense es el heterosexual. Esta propuesta fue realizada en su discurso en el Salón Roosevelt de la Casa Blanca, el 24 de Febrero del 2004.

(32) Que el rótulo poseen connotaciones éticas o valorativas queda de manifiesto cuando se advierte que gran parte del debate político que tuvo lugar en Argentina giró en torno a la utilización de la palabra “matrimonio” para regular las uniones entre personas del mismo sexo.

sin carga valorativa. Esto permitiría que la cuestión política acerca de cómo deben ser distribuidos los deberes y derechos legales quedase en manos del Estado, mientras la cuestión valorativa permaneciese en manos de la sociedad civil (33).

Lo señalado sirve para visualizar un punto general con respecto al Estado neutral. Tal Estado debe utilizar a la hora de legislar términos que no tengan carga valorativa de índole ética. Así, por ejemplo, sus prohibiciones no deben transmitir la idea de que las conductas prohibidas son moralmente disvaliosas, ni sus permisiones deben dar sustento a la idea de que las conductas permitidas son moralmente valiosas. Dado que la moralidad y el derecho comparten el mismo lenguaje, es posible que tal objetivo no pueda ser alcanzado por completo, pero es importante que el Estado lo tenga en mente a la hora de legislar.

En un Estado neutral tiene que ser posible aceptar que una conducta esté legalmente permitida, aun para quienes piensan que se trata de una conducta inmoral. Así, por ejemplo, tiene que ser posible para los que piensan que el aborto es éticamente reprochable encontrar razones para aceptar que se encuentre legalmente permitido. Tal cosa sería imposible si la legislación utilizase a la hora de despenalizar términos con carga positiva que transmitiesen la idea de que abortar es éticamente correcto. Lo mismo se aplica al caso de las conductas legalmente prohibidas. Tiene que ser posible aceptar la prohibición legal aun por parte de aquellos que piensan que la conducta prohibida es moralmente permisible. Así, por caso, la prohibición de fumar en los espacios públicos tiene que estar expresada en términos que no transmitan la idea de que fumar es éticamente incorrecto. Sólo la utilización de términos sin carga ética negativa posibilitará que aun quienes consideran que esta conducta es moralmente permisible, puedan aceptar la prohibición legal.

La legislación no es el único modo en que el Estado puede incidir de modo coercitivo sobre la valoración ética que los ciudadanos tienen de cierta conducta o identidad. El modo más formidable de influencia se encuentra en el sistema educativo, de allí que las consideraciones expresadas con respecto a la legislación tengan especial relevancia a la hora de diseñar políticas educativas. Los valores que transmite el sistema público de enseñanza deben ser únicamente de índole política. Un Estado neutral -que aspira a respetar por igual a todos sus ciudadanos- debe tener especial cuidado de que el modo de transmitir estos valores no incida sobre las posiciones éticas que estos poseen.

Así, por ejemplo, el sistema educativo debe tener por objetivo en materia de género que los ciudadanos perciban y acepten a la autonomía como un valor político, sin que esto implique aceptar a la autonomía como un valor ético. Esto es posible sólo si la cuestión política y la cuestión ética son cuidadosamente distinguidas. Sólo

(33) Regular de este modo las uniones civiles permite hacer frente a una crítica usual en contra de las políticas de asimilación. La crítica sostiene que estas políticas dan por sentada la superioridad de un modelo de matrimonio -el heterosexual- e intentan equiparar las uniones homosexuales a ese modelo. Esta crítica ha sido formulada, entre otros, por Claudia Card en "Gay Divorce: Thoughts on the Legal Regulation of Marriage", *Hypatia*, 2007, 22:1, pp. 24-38.

debe transmitirse la idea de que es moralmente valioso habitar en un sistema de instituciones públicas donde los deberes, derechos, oportunidades y recursos son distribuidos de un modo que no sea sensible al género. Es moralmente valioso que sea cual sea el género de un ciudadano su estatus legal permanezca inalterado. También debe transmitirse la idea de que es valioso habitar instituciones que no se encuentran justificadas sobre la base de una concepción de género controvertida. Sin embargo, para transmitir este valor político el sistema debe adoptar estrategias educativas que dejen claro que esto no es equivalente a sostener que todas las identidades de género o todos los modos de vivir la sexualidad son éticamente valiosos, o poseen valor ético si han sido fruto de la elección autónoma de un sujeto.

Como he señalado, que los ciudadanos piensen que quienes poseen cierta identidad de género o tienen alguna orientación sexual o viven su sexualidad de cierto modo, son éticamente reprochables o inmorales, no es un problema político y por tanto no es un asunto sobre el que la legislación o las políticas públicas deban incidir. Dirimir estas cuestiones debe quedar librado al libre juego de la sociedad civil y no debe permitirse que ninguna de las partes utilice el aparato del Estado para imponer coercitivamente su posición.

Sólo si los ciudadanos piensan que debido a la inmoralidad de ciertas identidades, conductas u orientaciones, algunos de sus conciudadanos deben poseer menos derechos, oportunidades o recursos, esto representa un problema político que debe ser resuelto a través de la legislación o las políticas públicas. El modo de resolverlo, sin embargo, no es incidir sobre sus convicciones éticas sino hacerles percibir lo incorrecto de sus convicciones políticas. No se trata de inculcarles concepciones éticas sino valores políticos.

La legislación argentina también puede servir para graficar el problema que acabo de señalar. La ley 26150 estableció el Programa Nacional de Educación Sexual Integral. Los Lineamientos Curriculares para la Educación Sexual Integral establecen que un objetivo de la enseñanza inicial es “(el) conocimiento de las distintas formas de organización familiar y sus dinámicas y la valoración y el respeto de los modos de vida diferentes a los propios.” Si por valoración se entiende aquí -como es razonable suponer- valoración ética, este objetivo excede lo que un Estado neutral, no confesional, debe perseguir a través del sistema educativo (34).

(34) Aunque en el texto he utilizado ejemplos referidos a leyes nacionales, las exigencias de neutralidad se aplican de igual manera al modo en que deben interpretarse los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. La razón es fácil de entender. Quienes diseñaron el sistema de Derechos Humanos tuvieron especial cuidado que estos no entraran en conflicto con diferentes tradiciones filosóficas o religiosas. Los Derechos Humanos fueron pensados como instrumentos sobre los cuales diferentes cosmovisiones podían acordar y, por este motivo, se evitó tomar partido sobre cuestiones metafísicas o éticas controvertidas. Así, por ejemplo, no existía acuerdo -y todavía no lo existe hoy- acerca de si los derechos humanos estaban fundados en una naturaleza común, en la voluntad de un creador o si eran una mera construcción. Como sobre estos asuntos metafísicos no existía acuerdo, nada se dijo sobre su justificación en la declaración. Cfr. BERTZ, Charles. *La Idea de Derechos Humanos*, Seleme, Hugo y Fatauros, Cristian (trads.), Barcelona, Marcial Pons, 2012, 57-60.

El Estado no debe inculcar a los niños la concepción ética de que todos los modos de vida, o todas las formas de organización familiar, son moralmente valiosos. Esto implicaría ser intolerantes con las concepciones éticas que afirman lo contrario. Una legislación semejante tendría por objeto promover, o se encontraría justificada sobre la base de, una concepción ética con la que algunos ciudadanos de modo razonable discrepan. Lo que se les debe inculcar a los niños es la idea política de que aun si el modo de vida que alguien ha adoptado es éticamente disvalioso, es moralmente valioso que las instituciones públicas le confieran a ese individuo idénticos derechos, deberes, oportunidades y recursos. Debe serles inculcada una concepción política de la justicia, no una concepción ética relativista acerca de la sexualidad y la familia.

Alguien podría señalar que la defensa de la neutralidad estatal que he propuesto, implica convalidar las concepciones éticas y metafísicas que actualmente se encuentran presentes y son mayoritarias en la sociedad civil. Dado que estas concepciones han sido generadas en gran medida por la intervención del Estado a través de sus leyes y políticas, continuaría la objeción, la neutralidad que defendiendo no sería tal. Convalidaría y buscaría perpetuar un tipo de sociedad civil que ha sido configurada por un Estado que no ha sido neutral en el pasado, al exigirle que sea neutral en el presente. Algunos grupos en el pasado impusieron sus concepciones éticas y metafísicas acerca del género sobre la sociedad civil. Para ello utilizaron el aparato coercitivo del Estado. Ahora cuando otros grupos buscan remediar los efectos de tal imposición -actuando en sentido contrario sobre la sociedad civil- esgrimir la neutralidad estatal sería un modo de perpetuar el sesgo que sobre la sociedad civil impusieron quienes en el pasado dominaron el aparato estatal.

Quienes formulan este tipo de argumento para utilizar el aparato coercitivo del Estado como una herramienta para moldear las convicciones de la sociedad civil, generalmente utilizan una analogía con las acciones de discriminación positiva o inversa. Para remediar la discriminación histórica que han sufrido ciertos grupos está justificado que el Estado adopte políticas de discriminación inversa. En circunstancias

Es posible sostener, por lo tanto, que el objetivo de la empresa íntegra de los Derechos Humanos se ve amenazado si se introducen nuevos derechos que implican tomar partido por alguna concepción metafísica o ética acerca de cuál es el modo valioso de conducir la propia vida. Un intento en esta dirección puede encontrarse en los "Principios de Yogyakarta". Los principios no forman parte del sistema de Derechos Humanos y carecen de cualquier fuerza vinculante, aunque muchas veces de modo erróneo se les atribuye tal status. Sin embargo, sirven como un buen ejemplo de falta de neutralidad y de lo que no debería hacerse. Cualquier interpretación de los Derechos Humanos que los prive de su neutralidad metafísica o ética no es adecuada, en tanto no es acorde con los fines que la práctica de los Derechos Humanos tuvo desde sus orígenes.

Lo señalado tiene especial importancia para el sistema jurídico argentino donde los tratados de Derechos Humanos han sido incluidos dentro del bloque de constitucionalidad. Las razones para interpretar a estos tratados de modo que no vulneren la neutralidad metafísica y ética son de dos tipos. Las primeras, son de índole filosófico-político y son ofrecidas en el cuerpo del texto. Si esta neutralidad se vulnera, entonces las convicciones de unos ciudadanos son impuestas sobre otros. Las segundas, a las que he hecho referencia en esta nota, son de índole interpretativo y se refieren al objetivo que persigue la práctica de los Derechos Humanos. Agradezco a un evaluador anónimo la sugerencia de incluir esta referencia específica a la neutralidad de los Derechos Humanos.

no-ideales, donde ha existido discriminación, discriminar en sentido contrario es la solución. No hacerlo -arguyendo que el Estado no debe discriminar- simplemente es un modo de convalidar los efectos de la discriminación. Así, por ejemplo, un modo de solucionar la falta de oportunidades educativas que un cierto grupo étnico ha sufrido, es concederle cierta cuota o preferencia para el ingreso a las universidades.

Pienso que tanto el argumento como la analogía con la discriminación positiva son equivocados. Por lo que respecta a la analogía, la misma pierde de vista que la discriminación positiva tiende a solucionar un problema político referido a la distribución incorrecta o sesgada de derechos, deberes, oportunidades y recursos. Es correcto que un Estado que aspira a ser neutral enfrente este problema y para hacerlo utilice las herramientas que le parezcan más adecuadas, incluso las que apelan a la discriminación positiva. Sin embargo, la analogía no sirve para mostrar que los problemas políticos que buscan solucionar las medidas de discriminación inversa son equivalentes a los asuntos éticos o metafísicos sobre los que buscan incidir quienes defienden la intervención coercitiva del Estado sobre la sociedad civil.

El argumento, por su parte, incurre en dos errores. En primer lugar, no identifica de modo correcto en donde reside el mal que implica la utilización del aparato coercitivo del Estado para incidir sobre las concepciones éticas y metafísicas de la sociedad civil. Lo malo no está en el patrón de distribución de concepciones éticas y metafísicas que genera en la población. Lo malo no es que exista un número mayor de personas que consideran éticamente incorrectas las conductas homosexuales o que consideren que el género metafísico no puede ser alterado voluntariamente. Lo malo es que estas convicciones hayan sido provocadas a través de instituciones que se nos aplican coercitivamente. El mal reside en la coerción. Ahora bien, si este es el caso, la solución no puede consistir en ejercitar la coerción para alterar las convicciones éticas o metafísicas que los individuos poseen. Si el mal ha estado en incidir coercitivamente sobre la sociedad civil, la solución no puede consistir en seguir coercionando sólo que ahora en sentido inverso.

El segundo error, consiste en sostener que oponerse a que el Estado continúe incidiendo coercitivamente sobre la sociedad civil implica convalidar la perpetuación de los efectos coercitivos que el Estado ya ha provocado. Tal afirmación ve a la sociedad civil como algo estático. Piensa que si la sociedad civil posee concepciones homogéneas es probable que continúen siendo homogéneas a lo largo del tiempo. Pienso que no existe ninguna razón para sostener esta tesis. Más aun, la experiencia indica que una vez que se suspende la incidencia coercitiva del Estado las sociedades civiles no tienden a permanecer homogéneas, sino a transformarse en plurales.

No obstante, aun si fuese cierto que una sociedad civil homogénea tiende a permanecer inalterada una vez que el Estado ha adoptado la autonomía política y ha vuelto sus instituciones neutrales, tal situación no debería representar ningún problema. Si la homogeneidad no es ya coercitivamente impuesta, sino que es fruto del libre juego de la sociedad civil, no existe ningún problema político que deba ser remediado. El pluralismo de concepciones éticas y metafísicas no es algo intrínsecamente valioso

que el Estado deba promover a través de sus instituciones coercitivas. El pluralismo es valioso porque usualmente la homogeneidad sólo puede ser mantenida mediante la intervención coercitiva de las instituciones estatales, y es dicha intervención la que es moralmente incorrecta.

V. Conclusiones

Distinguir los diversos asuntos involucrados en el debate acerca del género permite advertir sobre cuáles no debe tomar partido un Estado que aspira a ser neutral o no-confesional. En primer lugar, el Estado no debe tomar partido acerca de la cuestión si una mujer o un hombre “es” o se hace. En qué consiste “ser” mujer o varón es una cuestión metafísica sobre la que existe una pluralidad de posiciones razonables.

En segundo lugar, el Estado no debe promover, por ejemplo, que los ciudadanos que consideran intrínsecamente inmoral las conductas homosexuales cambien de opinión. Tampoco debe promover la posición ética relativista que afirma que todos los modos de vivir la sexualidad son igualmente correctos o la posición que sostiene que las formas de vivir la sexualidad son “opciones” que poseen valor si han sido fruto de una elección autónoma. El Estado no debe confesar su adhesión a una concepción ética -tampoco la relativista o la fundada en la autonomía- adoptándola a la hora de justificar sus leyes y políticas o promoviendo su adopción en desmedro de otras.

En tercer lugar, el Estado no debe adoptar, ni promover la adopción, de ninguna de las controvertidas hipótesis científicas con respecto al género auto-percibido. Hasta que alguna de estas hipótesis científicas haya sido corroborada, ninguna puede ser adoptada como justificación de la legislación o las políticas públicas. Todas deben ser enseñadas por el sistema educativo como meras hipótesis. El Estado debe favorecer el conocimiento de las diferentes posiciones científicas con relación a la construcción de los patrones de conducta, expectativas y rasgos de personalidad asociados al género, sin suscribir ninguna.

Descartar los tres asuntos previos -metafísicos, éticos y científicos- sirve para focalizar la atención en los problemas que deben ocupar al Estado. Se trata de los problemas de índole política. Su objetivo es determinar el modo correcto de distribuir los deberes, derechos, oportunidades y recursos. Un Estado liberal, neutral con relación al género, debe tener por objetivo que las porciones distributivas que sus instituciones adjudican a los ciudadanos no sean sensibles a la identidad de género, la orientación sexual, o los patrones sexuales de comportamiento, que estos poseen. Si tal tipo de inequidad existe, el Estado debe llevar adelante políticas tendientes a solucionarlo.

Sin embargo, estas políticas deben ser cuidadosamente diseñadas para no solucionar un problema engendrando otro. La legislación y las políticas públicas deben tener por objetivo equiparar el status público del que gozan todos los ciudadanos -sea cual sea su identidad de género, su orientación sexual, sus patrones de conducta y personalidad, etc.- sin incidir sobre las concepciones éticas o metafísicas que proliferan en la sociedad civil.

Sólo cuando quienes profesen posiciones éticas y metafísicas diferentes se nieguen a utilizar el aparato coercitivo del Estado para implementarlas, la convivencia respetuosa entre todos será posible. De lo contrario sólo será dable esperar un inestable equilibrio de fuerzas donde alternativamente unos y otros se impongan coercitivamente sus propias convicciones. Un sistema tolerante y no-confesional sólo puede existir si la mayoría política se resiste a la tentación de traducir todas sus convicciones éticas, científicas y metafísicas en leyes o políticas.

