



UNSAM

UNIVERSIDAD
NACIONAL DE
SAN MARTÍN
ESCUELA DE POSGRADO

Centro de Estudios sobre Democratización
y Derechos Humanos

**MATRIMONIO, JUSTICIA Y DERECHO:
¿EXISTE EL DERECHO AL MATRIMONIO?**

Mary Lyndon (Molly) Shanley
Vassar College
Poughkeepsie, NY 12604-0455
Estados Unidos
Email: shanley@vassar.edu

Preparado para el Seminario: "Diálogos sobre la familia, la justicia, y el derecho",

*Programa de Democratización de las Relaciones Sociales,
Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de San Martín,
2-4 diciembre 2003.*

En Estados Unidos, los conservadores se enorgullecen de su claridad moral, una claridad cuya máxima manifestación se evidencia en lo concerniente al matrimonio y la familia. Los fundamentos del matrimonio – según afirman- están perfectamente definidos: se trata de una institución que une a un hombre con una mujer, asigna roles diferentes a hombres y mujeres, y asegura una unión indisoluble de por vida a no ser que se produzcan injurias sumamente graves. Los conservadores sostienen que dichos fundamentos no son producto del capricho de los usos sociales ni de elecciones culturales de un determinado momento histórico, sino que vienen dados por la naturaleza, las Sagradas Escrituras, o la tradición. Además, el preservarlos es intrínsecamente positivo para el individuo, al tiempo que proporciona considerables beneficios públicos: el matrimonio constituye el pilar de la sociedad, y un pilar sólido sirve de protección contra los males que la aquejan, ya se trate del crimen o de la pobreza.

A lo largo de la década pasada, los conservadores no han ahorrado esfuerzos en su afán de implementar –mejor dicho, de volver a imponer- el matrimonio, en vista de los cambios demográficos, económicos, y culturales producidos durante los últimos 40 años. En los Estados Unidos han defendido el matrimonio biparental mediante el *Welfare Reform Act* [Reforma a la Ley de Ayuda Social] de 1996, en la cual se estipula que los progenitores solteros deben contar con trabajo asalariado fuera del hogar para hacerse acreedores a la ayuda social, mientras que cuando se trata de una familia biparental que recibe ayuda social, se permite que uno de los progenitores permanezca en el hogar para cuidar de los niños. Los conservadores también apoyaron la “iniciativa en favor del matrimonio” propugnada por el Presidente George W.

Bush, que asigna fondos federales a aquellos programas cuyo fin es persuadir a progenitores solteros a contraer matrimonio. El *Family Research Council* [Consejo de Investigación en Temas de Familia] ha prometido que, durante la próxima campaña presidencial, “insistirá hasta el cansancio” la idea de que “el matrimonio es un pacto sagrado, reservado a un hombre y una mujer”.

Sus detractores aducen que estas tentativas de reforzar la familia tradicional representan un ataque a 30 años de reformas sensatas a las leyes que reglamentan tanto el matrimonio como el divorcio, contribuyendo así a la liberación de mujeres y hombres aprisionados en relaciones agobiantes o abusivas. Las críticas asimismo sostienen que la postura conservadora amenaza con volver a imponer roles de género con características opresivas, que estigmatizan y perjudican a las madres solteras y a sus hijos, y que condenan a homosexuales y lesbianas a la condición de ciudadanos de segunda categoría. En pocas palabras, el programa de los conservadores es visto como enemigo de la igualdad y como una amenaza a la libertad individual.

Pero estos mismos críticos se han mostrado menos claros acerca de su propia posición constructiva en cuestiones morales y políticas. Una de las reacciones al proyecto de los conservadores se concretó en concentrar esfuerzos a fin de legalizar el matrimonio entre homosexuales o lesbianas mediante reformas a las leyes que rigen la institución matrimonial en los diversos estados. La estrategia no deja de ser atractiva, y se ve prometedor en unos pocos estados pero, aún si tiene éxito, deja intactos otros aspectos del proyecto conservador. No hace nada por ocuparse de las inquietudes de quienes consideran al matrimonio como una forma de opresión lisa y llana, ni por poner remedio a la pobreza, que actúa como factor disuasivo aún para aquellos que desearían casarse, ni por apoyar a los progenitores solteros y a sus hijos.

Una segunda propuesta, más amplia, (expuesta por Martha Fineman en *The Neutered Mother*), consiste en abolir por completo el matrimonio tal como lo define el estado y reemplazarlo por contratos privados redactados por cada pareja que desea casarse. Un régimen de contratos privados permitiría que los cónyuges decidieran por sí mismos cómo disponer de sus vidas, y haría posible el matrimonio entre personas del mismo sexo o entre más de dos personas. Desde este punto de vista, que de aquí en más denominaré "contractualismo", la mejor manera de tratar a los ciudadanos como seres adultos e iguales ante la ley es abandonar la idea de que el matrimonio es un estado civil público especial y permitir que los interesados definan sus términos y condiciones por sí mismos.

El contractualismo goza de considerable fuerza, pero resulta deficiente en dos aspectos. En primer lugar, el modelo contractual trata a las personas como individuos racionales y legalmente capaces, pero no presta suficiente atención a la dependencia y necesidad recíproca que surge del matrimonio y de otras relaciones cercanas. Por lo tanto, se basa en una visión incompleta de la persona, y no toma en consideración el ideal del matrimonio en tanto relación que trasciende la vida individual de cada miembro de la pareja. Dicho ideal posee amplias resonancias culturales, y el contractualismo, sin necesidad alguna, cede terreno ante los conservadores. En segundo lugar, al tiempo que pone el acento sobre la necesidad de que la elección de pareja sea realizada libremente, esta postura no concede la debida importancia a la

acción positiva del estado como medio para intensificar tanto la igualdad como la igualdad de oportunidades, y la libertad –en su sentido más amplio- donde naturalmente queda comprendida la libre asociación. Siendo así, este modelo se basa en un concepto de justicia demasiado estrecho.

Entonces, una tercera línea de solución consistiría en preservar la idea de que una pareja casada no es simplemente la suma de ambos cónyuges, y que los derechos que cada uno de ellos puede reclamar para sí por su condición de individuo no son idénticos a los que pueden plantear en nombre de la relación que los une. Pero también abriría el matrimonio, de modo tal que mujeres y hombres, sin que importe su raza, clase, u orientación sexual, puedan, en calidad de iguales, cosechar las satisfacciones que brinda la vida familiar. Llamo a esto el “concepto de la igualdad de condiciones,” definido desde su aspiración a que se preserve la idea de que el matrimonio constituye un vínculo especial de estado civil público, al tiempo que rechaza, por ser incompatibles con la libertad y con la igualdad, ciertos factores de importancia incluidos dentro de la concepción tradicional acerca del propósito y del ordenamiento correcto de la institución conyugal.

¿Es posible reformar el matrimonio a fin de que cumpla la función de un estado público que impulse la igualdad y la libertad? La combinación feliz entre la justicia por una parte y, por la otra, el compromiso de amor e intimidad sugeridos por el concepto de la igualdad de condiciones ¿constituye una posibilidad real?

I. Del estado civil fijo al mutuo consentimiento

En los Estados Unidos, la actitud tradicional hacia el matrimonio encuentra sus raíces en criterios religiosos fundados en el cristianismo y en el derecho canónico. El derecho consuetudinario inglés, sobre el cual se basaron las leyes que rigen la institución conyugal en muchos de los estados norteamericanos, reflejaba los principios que, sobre el matrimonio, promulgaba la Iglesia Anglicana y, con anterioridad a la Reforma, la Iglesia Católica. En la mayoría de los casos, cuando el matrimonio y los hijos cambiaron de jurisdicción y pasaron a depender de los tribunales de derecho consuetudinario, el derecho público simplemente incorporó aspectos propios de la doctrina eclesiástica¹.

Los criterios tradicionales

En la opinión de la Iglesia, el matrimonio era, ante todo, un pacto, similar al que Dios concertó con los judíos y a la alianza de Cristo con la iglesia (la comunidad de los fieles). De este modo, el matrimonio cristiano constituía un vínculo indisoluble y, para los católicos, un sacramento. El

¹ Bajo la ley judía, el matrimonio se regía por un contrato (ketubah) mediante el cual un hombre aceptaba a una mujer por esposa a cambio de una dote, y se comprometía a resarcirla con una determinada suma de dinero si se divorciaba de ella. La decisión del divorcio era exclusiva del hombre. Las bendiciones incluidas en la ceremonia matrimonial invocaban una relación de tipo más parecido a un pacto, pero el contrato formal era esencial. La ley judía de matrimonio contractual difería tanto de la cristiana –la cual, en términos generales, no permitía el divorcio- como de los criterios contractualistas laicos que analizo en el presente ensayo.

matrimonio había de durar para siempre y la fidelidad conyugal incluía la monogamia.

También se creía que el matrimonio era una relación jerárquica en la cual el hombre y la mujer desempeñaban roles complementarios. Como cabeza de familia, al hombre se le otorgó la autoridad. Blackstone, una autoridad en temas legales que vivió en el siglo XVIII, explicaba que, en tanto el Génesis afirmaba que marido y mujer eran “una sola carne” a los ojos de Dios, debían ser también “una sola persona” a los ojos de la ley, y que dicha persona quedaba representada por el marido. Esta privación de la personería jurídica de la esposa se difundió bajo el nombre de doctrina de unidad conyugal, o *coverture*^{*}. Bajo esta legislación, la mujer casada no podía presentar una demanda judicial ni ser demandada a menos que su esposo fuera parte en el proceso legal; no podía suscribir contratos a menos que su esposo lo hiciera también, y no podía redactar un testamento válido a menos que él consintiera a las disposiciones que éste contenía. Como correlato del poder que ejercía y de su rol como cabeza de familia, el marido estaba obligado a mantener económicamente a su esposa e hijos. Y, en la medida en que era considerado responsable de las acciones de la esposa, al marido le asistía el derecho de aplicarle correctivos físicos y de decidir cómo y dónde serían criados sus hijos. En 1945, un tribunal de New Jersey escribió que un marido “es la cabeza administrativa, con control y poder para preservar las relaciones familiares, proteger a los miembros de la familia nuclear y guiar sus conductas. Suyas son la obligación y la responsabilidad de sostener, mantener y proteger a la familia, y tiene pleno derecho de impedir que intrusos y visitantes indeseados ingresen a su hogar, sean cuales fueren los caprichos de su mujer².”

El matrimonio estaba destinado a ser una estructura donde los cónyuges cumplirían roles diferenciados y complementarios: el del hogar y el ama de casa; el protector y la protegida; el independiente y la dependiente.

Se esperaba que el marido gobernara el hogar sin interferencia ni ayuda del estado. Por lo general, la policía hacía la vista gorda ante casos de violencia doméstica. En la mayor parte de los estados, a las esposas les estaba vedado entablar demandas por violación cuando ésta había sido llevada a cabo por el marido puesto que, para la ley, el matrimonio suponía el consentimiento a la relación sexual (al fin y al cabo, el criterio legal sostenía que eran “un solo cuerpo” y “una sola persona”). Y los jueces hacían cumplir la obligatoriedad de las prestaciones alimentarias sólo si existía una separación de por medio, pero no si el matrimonio se mantenía.

Entonces, cuando las personas contraían matrimonio, consentían en establecer una relación cuyos términos habían sido fijados por el estado. Es claro que el consentimiento era factor indispensable para que se celebrara el matrimonio, pero este mismo consentimiento traía aparejados deberes y derechos que no habían sido determinados por la pareja, sino que eran inherentes al estado civil al que ingresaban.

* El término se refiere a una disposición del derecho consuetudinario inglés, aplicado también en otros países, que impedía a la mujer casada disponer de sus bienes, sobre los cuales su marido adquiriría poder de decisión y de administración.(N.T.)

² *Chapman v. Mitchell*, 223, N.J. Misc. 358 en 359-60, 44 A. 2d 392 en 393, citado por Herbert Jacob, *Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States* (Univ. of Chicago Press, 1988), 6.

Las reformas: primera ola

La desigualdad evidente en las disposiciones de los aspectos vinculados al matrimonio dentro del Derecho de Familia atrajo tentativas de reforma a mediados del siglo XIX. Una de las críticas expresadas por los reformistas se refería, por ejemplo, al hecho de que numerosos estados otorgaban el divorcio sólo si era la mujer quien había cometido adulterio. Es más: en muchos estados, el adulterio era la *única* causal de divorcio; así, hombres y mujeres comenzaron a insistir en que existían otros agravios, especialmente la crueldad física y la violencia doméstica, que constituían delitos flagrantes contra el matrimonio y que, por lo tanto, justificaban la disolución del vínculo conyugal.

Aquellas feministas que propiciaban las reformas también invocaban la igualdad para recusar la doctrina de unicidad conyugal. Organizaron campañas en ciertos estados a fin de lograr que se aprobaran leyes que permitiesen a las mujeres el derecho a la propiedad, a demandar a otros y ser demandadas, y a cerrar contratos bajo su propia responsabilidad. Hacia fines del siglo XIX, numerosos estados ya habían aprobado estatutos que declaraban válido el derecho a la propiedad de las mujeres casadas, liberándolas de este modo de muchas de las consecuencias legales de la *coverture*.

Si bien es verdad que esta primera ola de reformas contribuyó a la existencia de mayores libertades para deshacer matrimonios poco satisfactorios a la par que equilibró en algo la igualdad entre hombres y mujeres, no alcanzó para mitigar el descontento provocado por la legislación pertinente. Las causales de divorcio todavía se limitaban a unas pocas: varios estados sólo tomaban en cuenta el adulterio. Y la ley continuaba dispensando diferente trato a hombres y mujeres: por ejemplo, muchos estados exigían que sólo el marido tuviera la obligación de pasar alimentos a su cónyuge. Con frecuencia, a las mujeres les era permitido contraer matrimonio a una edad menor que la se imponía a los hombres, lo cual sugería que el varón, a diferencia de la mujer, debía terminar su educación o aprender un oficio antes de casarse.

Las reformas: segunda ola

A mediados del siglo XX, una serie de factores a los que sólo puedo hacer aquí una referencia muy breve, confluyeron hasta llegar a precipitar una segunda ola de reformas a la legislación tocante al matrimonio. A partir del 1900, los cambios demográficos fueron espectaculares. En el año del que hablamos, la expectativa de vida de la mujer era de 51 años: en 1960 había alcanzado los 74 años. El aumento en la expectativa de vida se tradujo en que la mayoría de las parejas que habían tenido hijos pasaban muchos años juntos en un “nido vacío” luego de que los hijos abandonaran el hogar; al promediar el siglo, las mujeres comenzaron a procrear más tardíamente, y dieron a luz menos hijos que en el 1900. Además, los cambios económicos producidos en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial indujeron a las mujeres –aún si estaban casadas y tenían hijos– a ingresar a la masa de trabajadores asalariados en cantidades inéditas hasta entonces, lo cual les proporcionó mayor independencia económica. Durante la década del sesenta, el advenimiento de la píldora de control de la natalidad contribuyó a que las

mujeres ejercieran más control sobre sus embarazos, y la aptitud para planificar el momento propicio para la maternidad alentó a las mujeres a trabajar fuera del hogar y a pensar en una “carrera” antes que en empleos temporarios.

Los cambios enumerados, sumados a algunos otros, provocaron un cambio drástico en la Ley de Divorcio. En el estado de California, a mediados de los '60, los abogados comenzaron la puja para impulsar el divorcio por mutuo consentimiento, para así acabar con el subterfugio al que era necesario recurrir toda vez que las parejas que deseaban el divorcio se veían obligadas a “adaptar” su versión de la historia para hacer que se ajustara a los requisitos exigidos por la ley. Para obtener el divorcio, marido o esposa debía probar que el otro lo había hecho víctima de agravios tales como el adulterio, la crueldad, el descuido deliberado, el alcoholismo, o el abandono. En la mayoría de los casos, la esposa se presentaba como querellante y, por lo común, acusaba al marido de “crueldad”. A menudo, cuando la pareja había tomado la decisión de poner fin a su matrimonio, los cargos eran falsos, y los testimonios, ensayados. En virtud de la deshonestidad, cuando no el perjurio, que impregnaba los trámites de divorcio, las activistas comenzaron a presionar a la legislatura para que hiciera lugar a una ley de divorcio por mutuo consentimiento que permitiera el divorcio sin que ninguno de los cónyuges tuviese que probar haber sido objeto de maltrato por parte del otro.

El divorcio por mutuo consentimiento surgió antes que el feminismo moderno, y no estaba dentro de las intenciones de sus promotores el generar mayor igualdad para las mujeres ni una gama más amplia de elecciones como alternativa al modelo familiar vigente. Tampoco se proponían ni imaginaban los cambios demográficos que este tipo de divorcio produjo. El índice de divorcios trepó drásticamente del 2,2% de la población en 1960 al 4,8% en 1975. En el último trimestre del siglo XX, sólo un cuarto de los hogares estadounidenses se ajustan a la supuesta norma según la cual conviven un marido, sostén económico de la familia, su esposa –en su rol de ama de casa– y sus niños.

El divorcio por mutuo consentimiento instigó un cambio mayúsculo en las concepciones tradicionales acerca del matrimonio. La sola idea de que los cónyuges pudieran decidir acabar con su matrimonio por sí mismos ya constituía toda una revolución, y afectó el modo de pensar la naturaleza esencial del matrimonio y su durabilidad. Finalmente, pudo vislumbrarse la verdad de un comentario debido a Henry Maine, historiador decimonónico del derecho: en el siglo XIX, el derecho “se había desplazado desde un estado civil hasta un contrato”.

Si bien el divorcio por mutuo consentimiento precedió al resurgimiento del feminismo, el que los individuos pudieran poner fin a matrimonios desdichados era un eco de las ideas feministas acerca de la libertad y la igualdad de las mujeres, tal como ocurrió luego con los movimientos encabezados por *gays* y lesbianas para acabar con la discriminación contra la homosexualidad y con la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. La convergencia del divorcio por mutuo consentimiento con la renovada atención hacia la igualdad y la liberación *gay* precipitó algunas propuestas en pos de “reinventar el matrimonio”, haciendo extensivo el principio del consentimiento a todos los términos de la relación. Si una elección personal es suficiente para poner fin a un matrimonio, ¿no debería acaso la elección

personal definir las condiciones del matrimonio desde el vamos? Tal la pregunta que plantean los contractualistas.

II. ¿Una tercera ola de reformas?

Matrimonio y libertad

La libertad, como valor fundante de un estado liberal, constituye el punto clave para dilucidar la cuestión respecto de a quién le está permitido contraer matrimonio. Cuando es la ley la que estipula quién está capacitado para hacerlo y quién no, restringe las libertades de aquellos a quienes les está vedado el matrimonio. Algunas exclusiones resultan poco discutibles en términos relativos. Ello ocurre cuando se prohíbe el matrimonio antes de que los contrayentes alcancen una determinada edad, o se encuentren en prisión, o sean consanguíneos próximos (aunque cada uno de estos casos ha sido objetado por tratarse de una limitación injustificable a la libertad individual). Otras restricciones se prestan a mayor controversia. La ley no permitía el matrimonio de los esclavos. Y fue recién en 1967, en el caso caratulado *Loving v. Virginia*, que la Corte Suprema decretó la inconstitucionalidad de las leyes que prohíben las uniones interraciales.

Los defensores del matrimonio contractual estimulan el reconocimiento legal de matrimonios entre personas del mismo sexo, desde una postura coherente con su preocupación por la libertad individual. Sostienen que, en tanto el matrimonio es un estado civil público, es inevitable que la ley trace una línea que separa a quienes pueden casarse de quienes no pueden hacerlo. Según los contractualistas, la negativa reiterada, por parte de los estados, a formalizar las uniones entre personas del mismo sexo da cuenta de la manera poco seria en que toman el pluralismo, la privacidad, y las elecciones personales. Los estados pueden obligar al cumplimiento de los acuerdos concertados entre cónyuges, tal cual lo hace con otro tipo de contratos; también puede prohibir que se contraiga matrimonio antes de una determinada edad, del mismo modo en que opera restricciones sobre otros contratos. Pero no es legítimo que la ley decida quién ha de casarse con quién, ni la forma en que los cónyuges deben organizar los aspectos personales y materiales de su relación.

Tal vez yo apoyaría al contractualismo si el matrimonio por contrato fuese el único modo de lograr reconocimiento legal para parejas del mismo sexo, pero no lo es, tal como lo subrayan ciertas iniciativas políticas tomadas desde el estado en estos momentos. Las parejas del mismo sexo pueden acceder al matrimonio, ya sea mediante la legislación o mediante fallos judiciales que modifiquen la esencia de las leyes pertinentes. Por lo tanto, no es necesario reemplazar un régimen legal de estas normas por otro donde los contratos sean privados. El hecho de que numerosas municipalidades hayan reconocido “sociedades domésticas”, y que Vermont haya aceptado la “unión civil” quizás preanuncia la llegada de la victoria en la batalla legislativa. (Me interesa mucho tener más información acerca de las leyes de unión civil que rigen en Buenos Aires). Tal vez algún día los tribunales estadounidenses de que existe el derecho al matrimonio, protegido por la constitución, y que este derecho comprende a las personas del mismo sexo. Se preparó el terreno en *Loving v. Virginia*, cuando la Corte Suprema declaró lo siguiente: “Hace ya largo tiempo que la libertad de contraer matrimonio ha sido reconocida como uno de los derechos personales más cruciales, esencial para que los hombres

libres emprendan la búsqueda ordenada de la felicidad. El matrimonio constituye uno de los derechos civiles básicos del hombre, y es fundamental para nuestra mismísima existencia y supervivencia”. Y en tanto algunas religiones condenan las uniones homosexuales, no existe ningún interés del estado lo suficientemente convincente como para que se justifique la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Aquí no se trata de un debate entre quienes están a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo y quienes se oponen a él, sino entre contractualistas que prefieren obtener el reconocimiento legal de este tipo de matrimonio derogando las leyes que regulan el matrimonio y quienes, por el contrario, prefieren introducir modificaciones en las leyes vigentes. ¿Existe alguna razón para optar por esta segunda vía? Yo creo que sí.

Tanto el individualismo como la negociación racional que subyace a todos los contratos se basan sobre modelos engañosos de la persona y de la relación matrimonial. Los cónyuges no sólo toman decisiones autónomas sino que, fundamentalmente, son seres sociales que no escapan a las necesidades, los cambios y la dependencia durante el curso de sus vidas. Los acuerdos prenupciales que establecen la manera en la cual los bienes económicos que cada uno de los cónyuges aporta al matrimonio habrán de ser utilizados y distribuidos reconocen la individualidad de los cónyuges, si bien no faltan quienes encuentran estos acuerdos poco románticos. Sin embargo, resulta más problemático decidir a quién le asiste el derecho a la propiedad de los bienes que cada uno de los cónyuges ha adquirido a lo largo del matrimonio, puesto que cuando las personas se casan, se convierten en partes integrantes de una entidad que no es siempre reducible a sus componentes individuales. Algunos estados sostienen que estos bienes les pertenecen en común (bienes gananciales), reflejando así la apreciación de que el matrimonio crea una entidad única y un destino compartido (y, por ende, recursos compartidos) por ambos cónyuges. Otros estados reconocen el derecho de la persona que adquirió los bienes o los obtuvo de alguna otra manera pero, al mismo tiempo, permiten la anulación de dicho derecho en pro de una distribución justa al momento del divorcio, demostrando entonces la convicción de que el matrimonio crea derechos provenientes de haber compartido una vida. El lenguaje común también se hace eco de la entidad producto de la relación cuando los cónyuges utilizan expresiones tales como hacer algo “en bien del matrimonio”; por ejemplo, al elegir un lugar para vivir que ninguno de los dos tendría en cuenta como primera opción si fuera soltero. Y también se refleja en el ejercicio profesional del Derecho cuando, en determinados casos, se prohíbe que un cónyuge testifique en contra del otro, precisamente porque la ley desea expresar la idea de que es necesario proteger la relación matrimonial. La vida conyugal no sólo es profundamente relacional, sino también impredecible. No todo lo que cada cónyuge tiene legítimo derecho a esperar del otro puede ser estipulado con anterioridad. Los contratos constituyen herramientas útiles para facilitar la comunicación respecto de las expectativas y aspiraciones de cada cónyuge, pero también crean obligaciones a las que la pareja se compromete por su voluntad y acuerdo. Por otra parte, los contratos no contemplan aquellas obligaciones que puedan llegar a surgir debido a circunstancias imprevistas, entre las que se encuentran la enfermedad o incapacidad de un hijo, de uno de los cónyuges, o de un progenitor que envejece.

Por último, el contrato sugiere que cada matrimonio es un acuerdo privado entre individuos, no una relación por la cual la esfera pública tiene legítimo interés. Y, en cambio, la esfera pública sí se interesa por las condiciones del matrimonio. Como lo alega la postura que sostiene la igualdad del estado civil, su interés reside en promover la igualdad entre marido y mujer, como cónyuges y como ciudadanos, además de asegurar lo que Martha Nussbaum llama las bases sociales de la libertad y el auto-respeto para todos los miembros de la familia³. Y se interesa, además, por sostener la relación marital y otras relaciones familiares en tiempos de pobreza o enfermedad.

Las diferencias que separan a ambos enfoques podrían pensarse, por ejemplo, desde una posición que contemplara la legalización de la poligamia en los Estados Unidos. Un columnista se pregunta al respecto: “Si el estado no tiene derecho a negarle una licencia de matrimonio a futuros cónyuges del mismo sexo, ¿cómo podría esgrimir argumentos razonables podría rechazar la autorización de un matrimonio cuyos futuros cónyuges ... fuesen tres, o cuatro, en lugar de dos?” El insistir en la prohibición del matrimonio colectivo, ¿constituye la manera de solucionar, sin más ni más, quién queda adentro de la relación conyugal y quién queda afuera?

Para los contractualistas, el caso a favor del derecho al matrimonio colectivo es bien simple: refleja el derecho de todo individuo a contraer relaciones sexuales y afectivas libres de toda interferencia por parte del estado. En 2001, Martha Fineman declaró que “en tanto el estado no favorezca, subsidie, ni proteja ninguna forma especial de inclinación sexual, ninguna de ellas puede ni debe ser prohibida. Así, las parejas constituidas por individuos del mismo sexo, al igual que otras variaciones de convenios sexuales no serían vistas más que como simples modos alternativos de vínculos sexuales privadamente elegidos por los individuos”. La ley tiene que mostrarse neutra frente al género, permitiendo los matrimonios poliándricos y poligámicos. Pero si en verdad se aplicaran las normas que llevan a la invalidación de cualquier contrato (las que protegen contra el fraude, la coerción, y otras formas de abuso), las personas podrían elegir tener más de un cónyuge simultáneamente.

Aquellos que proponen el concepto de igual estado civil sostienen opiniones divididas. Algunos propugnan que la ley acepte la poligamia, argumentando que, en una sociedad pluricultural, se requiere de algo más que de los deseos de una mayoría política para oponerse a ella por una cuestión de principios, y que los deseos de esta mayoría no bastan para definir las reglas morales de la sociedad. Pero no faltan quienes señalan que la poligamia supone una visión profundamente patriarcal. “El amplio contexto cultural de la subordinación femenina” está demasiado arraigado como para que sus efectos puedan ser contrarrestados, aún por los principios que, al defender la neutralidad de género, permitirían que hombres y mujeres tuvieran más de un cónyuge.

Según este punto de vista, el matrimonio colectivo intensifica la subordinación femenina y resulta inaceptable en razón de la desigualdad que implica.

Entonces, la respuesta a la siguiente pregunta: Si legalizamos el matrimonio entre individuos del mismo sexo, ¿no tendríamos que legalizar

³ Martha C. Nussbaum, “The Future of Feminine Liberalism”, in Eva Feder Kittay and Ellen K. Feder, eds., *The Subject of Care* (Rowman & Littlefield, 2002), 192.

también el matrimonio colectivo? no es un “sí” liso y llano. Las leyes y políticas que regulan el matrimonio involucran tanto la igualdad como la libertad. Al asumir que las partes contratantes poseen igual representatividad, el modelo contractual no toma en cuenta la posibilidad de que sean las elecciones mismas las que conduzcan a la subordinación. A fin de decidir sobre la conveniencia de legalizar el matrimonio colectivo, es necesario encarar la cuestión de la poligamia, en cuanto a la factibilidad de una reforma que la convierta en una opción igualitaria. Cualquier régimen conyugal basado sobre nociones de justicia debe colocar a la igualdad por sobre toda otra consideración.

El matrimonio y la igualdad

En nuestros días, la mayoría de las personas suscriben la “igualdad” en su calidad de valor cultural compartido. Sin embargo, cuando se trata de establecer qué tipo de igualdad *conyugal* deseamos y cuál es el mejor modo de conseguirla, surgen profundos desacuerdos. Los defensores del matrimonio entre *gays* y lesbianas, cuya preocupación se dirige mayormente a las normas que establecen quiénes son los que pueden casarse entre sí, no suelen ocuparse de este tema. Pero en lo tocante al proyecto de los conservadores, resulta imprescindible la conceptualización de una correcta relación conyugal; entonces, para que les resulte atrayente, cualquier alternativa a sus creencias debe necesariamente presentar un concepto medular que le sea propio.

Bajo la legislación conyugal del siglo XIX, el hecho de que la personería jurídica de la mujer quedara subsumida por la de su esposo, que no tuviera derecho al voto, y que no se le permitiera ejercer un gran número de ocupaciones no era generalmente considerado como una falta de igualdad, sino más bien como una diferenciación complementaria. Hoy, algunos tradicionalistas aducen que, aún cuando hombres y mujeres o maridos y esposas deben gozar de iguales derechos tanto dentro del matrimonio como fuera de él, cumplen roles diferentes en la familia y en la sociedad. A modo de ejemplo, un autor Bautista, religioso, manifiesta que “la igualdad entre el hombre y la mujer, conservando el hombre la jefatura, puede parecer una paradoja, pero que ambas nociones vienen dadas por las Sagradas Escrituras, como si se tratara de un mismo hilo con dos hebras⁴.” Desde una postura laica, William Kristol afirma que el precio que la mujer paga por el matrimonio y la moralidad es la sumisión al esposo en su calidad de jefe de familia, y que ello es debido a que la nación necesita desarrollar varones fuertes, inclusive agresivos⁵

La aprobación de la dominación masculina expresada por estas opiniones ha provocado el enojo de quienes defienden el matrimonio contractual. Estos, entonces, sostienen que la derogación del matrimonio como categoría legal constituye un paso necesario para lograr la igualdad de género. El matrimonio contractual oblitera el estereotipo de género y el proteccionismo propio de las leyes tradicionales que regulan las uniones y los

⁴ Chad Brand, “Christ-Centered Marriages: Husbands and Wives Complementing One Another,” September 1998, www.baptist2baptist.net/sbclifearticles/sept%5F98/sept5F98.html (visitado el 6 de junio de 2003)

⁵ Citado por June Carbone, “Is Gender Divide Unbridgeable? The Implications for Social Equality,” *Iowa Journal of Gender, Race & Justice*, 5: 31 (Otoño del 2001), 73.

reemplaza por el reconocimiento de la individualidad e igual representatividad de los cónyuges, quienes deben ser tratados como actores racionales, capaces de conocer y articular sus intereses. El contrato refleja su autonomía y su autocontrol.

No están equivocados los defensores del matrimonio contractual cuando rechazan la dominación masculina y el proteccionismo del estado. Sin embargo, como lo expresa Carole Pateman en *The Sexual Contract*, si bien el contrato puede erigirse en enemigo del estado civil, no basta, por sí solo, para derrotar el legado que nos ha dejado el patriarcado. El modelo contractual no proporciona bases suficientes para la igualdad conyugal. No alcanza con asegurarse de que las cláusulas de los contratos sean justas para que, de manera automática, la igualdad se traslade al matrimonio y a la vida cívica. Por el contrario, son las leyes que rigen el matrimonio y las políticas públicas las que deben garantizar que a ninguno de los cónyuges se le impida participar de la vida social o pública, y que no se lo incapacite para proporcionar cuidados a los integrantes de la familia. Se necesita la enérgica acción del estado para que la igualdad conyugal se convierta en un hecho. Encontramos que dicha acción se encuentra ampliamente justificada en la concepción del matrimonio como una relación entre iguales que enriquece tanto su vida individual como su vida en común. Mientras que, por lo general, la redacción actual de las leyes sobre matrimonio y divorcio suele caracterizarse por su neutralidad respecto del género, las normas culturales y las prácticas del mercado laboral perpetúan la división del trabajo en el hogar y en el empleo, lo cual deriva en un sistema de género y de supremacía racial. Por lo tanto, aún cuando quienes impulsan las reformas estén animados por el espíritu de conjugar la igualdad en el hogar con todo el respeto que merecen los vínculos conyugales, dichas reformas deberán tener como objetivo tanto el mercado laboral como el espacio doméstico.

La mayoría de los empleos, ya sea que requieran profesionales o no, todavía conservan el mismo modelo respecto del “trabajador ideal”: alguien que cumple horario completo, en relación de dependencia, casado con una persona que se ocupa exclusivamente del cuidado del hogar. En los Estados Unidos, el mercado laboral se desarrolló sobre la base de la división sexual del trabajo. El empleo se catalogaba como “masculino” o “femenino”, y los trabajos destinados a los hombres estaban mejor pagados que los que desempeñaban las mujeres. Cuando hombres y mujeres realizaban el mismo tipo de tareas, se aplicaba una escala salarial diferente, en tanto se suponía que era el hombre quien mantenía el hogar, mientras que la mujer trabajaba para “tener algún dinerito extra”. Los beneficios sociales atinentes a la salud, el desempleo, etc., estaban ligados al empleo de tiempo completo. La jornada diaria y el número de horas trabajadas en la semana se regulaban por la presunción de que otra persona se ocupaba de la limpieza, la cocina, y el cuidado del grupo familiar. El modelo del trabajador ideal ejerció, sobre hombres y mujeres por igual, una enorme influencia tanto sobre los recursos económicos como sobre la capacidad para brindar cuidados.

Si bien las mujeres ya no son tan discriminadas en el aspecto laboral, el modelo del trabajador ideal continúa repercutiendo sobre la decisión de casarse y sobre la dinámica del matrimonio. La diferencia entre el nivel salarial de hombres y mujeres dota a los primeros de mayores recursos para desenvolverse en el mundo, lo cual, a su vez, afecta la dinámica familiar. Aunque las distancias se han venido acortando, no han desaparecido todavía:

en 1979, por cada dólar que ganaba el hombre, la mujer percibía 62,5 centavos; en 1998, alcanzó los 76 centavos. En razón de que la permanencia ininterrumpida en el mercado laboral aumenta el poder adquisitivo potencial, las esposas que se mantienen alejadas del trabajo en relación de dependencia durante algunos años quedan en situación de desventaja. Esto disminuye su cuota de autoridad respecto de la toma de decisiones dentro del matrimonio, y asimismo coarta su posibilidad de poner fin a una unión que la satisface.

El lugar de trabajo también afecta las decisiones acerca del cuidado de los niños, ancianos, o familiares enfermos. En la medida en que los beneficios sociales (la atención médica, por ejemplo) dependen del empleo de tiempo completo, y éste redundante en una escala salarial más elevada, es posible que uno de los cónyuges deba trabajar a tiempo completo. Dado que los hombres suelen percibir salarios más elevados que las mujeres, en algunas familias la lógica de la economía indica que sea el marido quien lo haga, y que la esposa se dedique a las tareas del hogar. Esta división entre “el que trabaja” y “el ama de casa” no sólo perjudica a la mujer en su lugar de trabajo sino que reduce la probabilidad de que el hombre desarrolle habilidades para prestar cuidados a otros y para el trato interpersonal.

La estrecha relación entre trabajo y familia se ve influenciada no sólo por el género, sino también por la raza y la clase social. Históricamente, los prejuicios raciales se tradujeron en que las familias negras tuvieran menos “trabajadores ideales” y “amas de casa” que las familias blancas. La necesidad económica planteada por la discriminación racial hizo que el número de mujeres negras casadas que se integraban a la población activa fuese siempre mayor que el de las mujeres blancas. A los hombres de color se los relegaba, de manera desproporcionada, a tareas agrícolas y otras que devengaban salarios bajos, mientras que sus mujeres se empleaban en el servicio doméstico y otras tareas de servidumbre. A partir de la última década del siglo XX, los altos índices de desempleo que sufren los varones negros han producido un impacto adicional sobre sus vidas: hay quienes no se casan cuando no tienen expectativas de poder mantener a su familia⁷.

Respecto de la clase social, el incremento en la cantidad de madres solteras que viven en la indigencia indujo a los autores del *Welfare Reform Act* [Ley de Reforma de Bienestar Social] de 1996 a solicitar a las beneficiarias de ayuda social que identifiquen a los padres biológicos de sus hijos. De este modo, el estado podía ocuparse de que el hombre aportara a la manutención del hijo, y si esto no bastaba para sacar a madre y niño de la pobreza, se pedía a la madre que desempeñara un empleo. Los planificadores de esta política esperaban que, si la madre identificaba al responsable, el estado podría persuadirlos de que se casaran y, aunque no lo logaran, al menos sería el padre, no el estado, quien mantuviera a su hijo. Sin embargo, muchas veces la mujer que llenaba los requisitos para acceder a la ayuda social no deseaba identificar al padre de su hijo, ya fuese porque prefería criarlo en compañía de

⁷ Wilson no se equivoca al decir que es imperativo terminar con el desempleo, pero si sólo los hombres obtienen trabajo bien remunerado, ello no contribuirá a la igualdad conyugal en la familia, sea cual fuere la raza. A menos que también las mujeres puedan acceder al empleo, y siempre que *tanto* los hombres *cuanto* las mujeres tengan a su alcance los medios para combinar el trabajo asalariado con el cuidado de la familia, las relaciones conyugales seguirán siendo jerárquicas y desiguales. En *The Ordeal of Integration*, Orlando Patterson escribe acerca de los conflictos entre hombres y mujeres negros que han hecho descender sus índices de matrimonio.

otra persona, o hacerlo sola, o porque temía sufrir maltrato, o porque sabía positivamente que el padre carecía de dinero y —con frecuencia— también de empleo.

El matrimonio no constituye un programa eficaz para combatir la pobreza, ni es correcto utilizarlo para este propósito. La razón por la cual los índices de desempleo son elevados reside en que el número de puestos de trabajo cuyos salarios permiten una vida digna es muy inferior al número de desempleados en busca de trabajo. Son muchos los casos en los que, aún consiguiendo trabajo, los hombres perciben salarios insuficientes para mantener a su familia. Tampoco es de gran ayuda que la esposa aporte un salario si no dispone de ayuda para el cuidado de los niños; una ayuda que pueda afrontar. Encarar la pobreza de las mujeres uniéndolas a hombres que las mantengan es una manera de reproducir la desigualdad y la vulnerabilidad dentro del matrimonio. Inducir a las mujeres a que se casen con hombres puede exponerlas, a ellas y a sus hijos, a situaciones de violencia doméstica en tanto no se les proporcionen recursos personales o comunitarios para liberarlas de condiciones de vida insostenibles.

Considerar al matrimonio como un contrato no implica de por sí que se generen las reformas necesarias para la modificación de las estructuras familiares y laborales, ni de los servicios de ayuda social de modo tal que hombres y mujeres tengan la oportunidad de trabajar y de prestar cuidados en forma combinada. La próxima etapa en la lucha por obtener la igualdad sexual y conyugal debe incluir el compromiso público con la libertad y la igualdad, encarando no sólo los aspectos legales del matrimonio sino también aquellos que hacen a la economía y al empleo.

Existe la posibilidad de implementar ciertas reformas que conducirían a una sociedad más justa en el ámbito del matrimonio. Una de ellas consistiría en asegurar el empleo con salario digno. A igual trabajo, igual salario, independientemente de que el empleado cumpla jornada completa o no. Los beneficios sociales deben hacerse extensivos a todos los trabajadores, no sólo a aquellos que satisfagan el modelo del “ideal” (y la atención médica básica contemplada en estos beneficios no debe estar vinculada a la categoría del empleado). El trabajo debe reestructurarse de modo tal que permita al empleado brindar los cuidados necesarios, acortando las horas de la semana laboral y flexibilizando los horarios, por ejemplo. Toda política familiar exhaustiva debe incluir el cuidado de los niños, un cuidado esmerado que los padres puedan afrontar, y debe contemplar, como sucede en Europa, la asignación familiar por hijos. Si hombres y mujeres gozaran de licencia parental, los hombres encontrarían un incentivo para participar del cuidado de sus hijos, especialmente si al padre no le fuese permitido transferir su licencia a otra persona y se viese obligado a hacer uso de ella o, de lo contrario, a renunciar al beneficio. De producirse el divorcio, tanto el salario de quien más gana como de quien presta los mayores cuidados a la familia deben considerarse propiedad común, reflejando así la cualidad comunitaria del matrimonio, en particular cuando hay hijos u otras personas dependientes.

Por cierto que estas medidas no agotan las posibilidades. Sólo contribuyen a la comprensión de que, si se ha de cumplir con el principio de igualdad conyugal, tanto los hombres como las mujeres deben realizar las tareas correspondientes al terreno público y al ámbito privado, haciéndose cargo de

sus responsabilidades como trabajadores fuera del hogar y de los cuidados que la familia requiere.

III. ¿Estado civil público o contrato individual?

Hay mucho que decir a favor del aspecto contractual. Conduce a lo que Milton Reagan Jr. llama, en *Alone Together*, “una postura externa” frente al matrimonio, centrando la atención sobre los modos en que el matrimonio se ajusta a los intereses de individuos diferentes. El contrato es un buen representante del papel que juegan la elección y la negociación en cualquier matrimonio. Redactar un contrato de matrimonio constituye un ejercicio útil para la pareja, puesto que alienta a los futuros cónyuges a evaluar sus necesidades individuales y fuentes de satisfacción personal, a explicitar sus expectativas y a identificar las áreas de conflicto y de coincidencia.

Sin embargo, no logra inducir lo que Reagan llama “la postura interna”, la que contempla el matrimonio desde el interior de la relación, concentrándose sobre la experiencia compartida antes que sobre vidas que se desenvuelven a lo largo de líneas paralelas, aunque asociadas. La postura interna muestra que, al casarse, muchas parejas se convierten en una entidad no reducible ni idéntica a sus componentes individuales. Históricamente, el concepto de entidad marital, diferenciada de la individualidad de cada cónyuge, trajo aparejado la opresión de la mujer. La doctrina según la cual marido y mujer eran “uno” ante la ley privó a la mujer de sus derechos a la propiedad y de la libre contratación sin el aval de su marido hasta la segunda mitad del siglo XIX. Antes de la introducción del divorcio por mutuo consentimiento a fines de los '60, la “incompatibilidad de caracteres” no era motivo válido de divorcio, aún cuando ambos cónyuges desearan poner fin al matrimonio. Inclusive en nuestros días, es posible que la policía no tome en cuenta las denuncias por violencia doméstica porque prefiere no “inmiscuirse” en el ámbito privado del matrimonio.

A pesar de esta historia poco edificante, la idea de que el matrimonio crea una entidad no reducible a los cónyuges como individuos atrae la atención sobre una verdad acerca de las relaciones humanas que realmente importan, y que podría ser utilizada para dar, de manera conveniente, nueva forma a las instituciones económicas y sociales. En el futuro, la concepción de la relación matrimonial como algo diferenciado de los individuos podría servir, ya no para subordinar a la mujer, sino para insistir en que los cónyuges tienen derechos al apoyo económico y social que sustentan las relaciones familiares y permiten que los esposos se proporcionen cuidados mutuos. El derecho a proporcionar y recibir cuidados por parte de un cónyuge no es lo mismo que el derecho a la asistencia médica o a la ayuda social que corresponde a cualquier individuo. Tampoco se trata de limitar la protección y el sostén público de los lazos asociativos y afectivos a quienes están casados, o a padres e hijos. Por el contrario, el reconocimiento de que la dependencia es inevitable y que brindar cuidados es importante debería instar a la gente a preguntarse qué otro tipo de relaciones merecen apoyo público.

El matrimonio sugiere el papel que desempeñan las relaciones que implican un compromiso para la formación del sujeto, cosa que el contrato no hace. La promesa de amar a otra persona, ya sea en el matrimonio, en la amistad, o en la comunidad, obliga a comportarse de modo tal que la promesa

se honre. El contrato tampoco expresa la idea de un compromiso incondicional, tanto para con el otro como para la relación. El contrato en reemplazo del matrimonio se basa en la noción del *quid pro quo*, según la cual cada una de las partes ofrece algo y accede a los términos de un intercambio como un negociador racional. Pero el compromiso propio del matrimonio es impredecible y abierto, y no es posible establecer por adelantado todas las obligaciones que irán surgiendo. Por naturaleza, no es previsible lo que puede demandar el amor en su afán de proveer al bienestar de otro.

En la medida en que gran parte de nuestro discurso público reduce al individuo, en primer término, a la categoría de consumidor de mercado, resulta especialmente importante insistir en los aspectos sociales y relacionales de nuestra vida. El modelo de matrimonio contractual que presenta la unión como una mera elección privada y una serie de prácticas de idéntica índole no basta para reconfigurar el matrimonio. El matrimonio implica el respeto por los individuos y por sus relaciones. Es un caso particularmente llamativo de una práctica fundada tanto en la individualidad como en “un propósito que trasciende al sujeto” (Regan). Si dicho compromiso constituye una aspiración valiosa que nuestra comunidad política desee facilitar, si es efectivamente así, necesitamos analizar los impedimentos que estorban estas relaciones y deshacernos de ellos. Y los impedimentos son legión, particularmente para los pobres. El deshacernos de ellos nos coloca ante una tarea colosal: reformas en los lugares de trabajo, reformas en los planes de ayuda social, y en la prestación de cuidados. Pero cuando se atacan permanentemente los conceptos del bien público y de la responsabilidad colectiva, apartar al estado de la búsqueda de la justicia en pro del matrimonio y la familia equivale a tomar el camino equivocado. En lugar de ello, tenemos que insistir en que el derecho de familia y las leyes que regulan el matrimonio pueden y deben ajustarse a los principios de justicia que afirman la equidad y la libertad en iguales condiciones para todos los ciudadanos.

Publicado en *Boston Review*, edición del verano de 2003-11-14.

Copyright Boston Review, 1993-2003. Todos los derechos reservados. No reproducir sin autorización expresa.