

Matrimonio de un mismo sexo: ¿y si ambas partes están equivocadas?



El tratamiento por parte del Congreso de la ley que legalizó el casamiento entre personas de un mismo sexo generó fuertes controversias. Tanto aquellos que la apoyaban como quienes la rechazaban lo hacían encendidamente, con fuertes y contundentes argumentos, los cuales en algunos casos era fácil no compartir, pero otros eran por demás razonables.

Este artículo analizará el tema desde un punto de vista alternativo a los considerados hasta este momento, en la tradición del *Law & Economics*, el llamado Análisis Económico del Derecho, el cual hace uso de la metodología y conceptos provistos por la economía positiva para llevar a cabo el análisis de leyes y regulaciones, y evaluar desde un punto de vista normativo, en términos de bienestar para la sociedad, cuándo una legislación debería ser sancionada y cuándo no.

Puede sonar extraño para lectores legos en la materia, pero académicos de la talla de David Friedman¹, Richard Posner², y Gary Becker³ (Premio Nobel de Economía, 1992), han tratado el tema, y el primero de ellos propone la idea que desarrollaremos en esta nota, “probablemente tanto aquellos que apoyan la legislación, como aquellos que la rechazan están equivocados.” Esto, que aparenta ser una imposibilidad lógica, no lo es tal si llevamos el análisis al origen del problema, la Ley de Matrimonio Civil, hipótesis no tan solo sostenida por Friedman, sino también por Posner y Becker.

Comencemos por resumir los principales efectos que habrá de producir la ley recientemente aprobada por el Congreso. La misma establece 34 modificaciones al Código Civil, eliminando la distinción entre hombre y mujer y reemplazando dichos términos por el de contrayentes, con el fin de otorgar a los integrantes de parejas de un mismo sexo iguales derechos que los que gozan las parejas heterosexuales; en breve síntesis, heredar, recibir cobertura social, cobrar la pensión de su pareja y adoptar niños.

Sumaricemos ahora los aparentes costos y beneficios de la legislación. Obviamente existen beneficios para las parejas constituidas por personas de un mismo sexo, de lo contrario no hubiese existido una presión de su parte para extender los beneficios del matrimonio hacia ellos. Heredar sin la necesidad de haber realizado un testamento, recibir cobertura social y cobrar la pensión de su pareja son algunos de los beneficios objetivos

obvios, los cuales existirían también en caso de haberse sancionado una ley de unión, o enlace civil. ¿Cuáles son los beneficios adicionales del matrimonio sobre el enlace civil? A primera vista existen beneficios objetivos, como la posibilidad de adoptar, y subjetivos, como el denominar matrimonio a la unión llevada a cabo, con el simbolismo que representa dicha palabra, y de tal forma no sentirse discriminados como parejas frente a sus pares heterosexuales. ¿Por qué la rechazaban quienes se oponían? Posiblemente por los mismos motivos. Lo que una de las partes percibía como un beneficio la otra lo sentía como un costo, ese era el real problema.

El aspecto más significativo de la controversia lo constituye el hecho que es fundamentalmente sobre una palabra, matrimonio.

Pragmáticamente, no veo en la posibilidad de llevar a cabo o no una adopción el principal beneficio percibido por quienes apoyaban la Ley, de la misma forma que no lo identifico como el principal costo para quienes se oponían. En primer lugar, la Ley de Adopción nada especifica sobre el tema, no discriminando a los ciudadanos por su orientación sexual. Su artículo 315 especifica:

“Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.”

Según nuestra legislación una persona soltera se encuentra calificada para adoptar, aunque en la práctica esto es completamente inusual, sin depender de la orientación sexual del potencial adoptante. Independientemente de ello, una mujer soltera puede recurrir a un procedimiento de inseminación artificial a los fines de acceder a la maternidad, sin importar, por supuesto, su orientación sexual, pudiendo criar al niño sola o con su pareja, cualquiera sea la orientación sexual de

por **Edgardo Zablotsky**, Profesor de Economía y Finanzas, Universidad del CEMA

1- David Friedman, “Gay Marriages, Both Sides are Wrong,” David Friedman Blog, December 9, 2005.

2- Richard Posner, On Sex and Reason, Harvard University Press, 1994.

3- Gary Becker and Richard Posner, *Uncommon Sense, Economic Inside from Marriage to Terrorism*, The University of Chicago Press, 2009.

la misma.

Por ello, el número de niños criados por parejas de un mismo sexo no debería verse significativamente afectado por la sanción de la legislación. Las mujeres que deseen llevar a cabo procedimientos de inseminación artificial lo seguirán haciendo, criando a los niños junto a sus parejas; los hombres que deseen alquilar un vientre lo realizarán, probablemente en el exterior, obviamente en ambos casos, sujetos a sus restricciones económicas, y las adopciones por parejas de un mismo sexo serán tan inusuales como en la actualidad lo son las adopciones por parte de peticionantes solteros. Resulta razonable pensar que mientras no haya evidencia clara al respecto, un juez frente a decidir entregar en adopción un niño a una pareja heterosexual, a otra conformada por cónyuges de un mismo sexo, a una peticionante soltera, o a un peticionante soltero, independientemente de la orientación sexual de los mismos, lo hará a la primera. Podría definirse esta práctica como discriminatoria, de ser así sería una discriminación idéntica a la sufrida por peticionantes solteros que en la actualidad tienen chances prácticamente nulas de obtener una adopción.

Es por ello que centraremos el resto de esta nota en los costos y beneficios generados por las diversas percepciones del simbolismo del matrimonio civil, lo cual a nuestro entender constituye el centro de la controversia, posición compartida por Becker, Posner y Friedman.

En 1995 Gary Becker señaló, refiriéndose al presente debate, "Cuando he discutido el tema del matrimonio gay con conservadores, ellos se oponen fuertemente al uso del término *matrimonio* para gays. A pesar que muchos de ellos aceptan que una pareja gay debería tener derecho a firmar contratos que determinen el derecho a heredar y la mayoría de ellos aceptaría que un miembro de una pareja gay pueda calificar para cobertura social de la misma forma que los esposos califican, pero llamar a dichos contratos *matrimonio* los hace enojecer."

Por su parte, el Juez Richard Posner, en su intercambio de ideas con Becker, subraya que el aspecto más significativo de la controversia lo constituye el hecho que es fundamentalmente sobre una palabra, *matrimonio*, y que las posibilidades que las uniones civiles fuesen reconocidas a nivel federal en USA serían mayores si el movimiento por los derechos de los homosexuales no pretendieran el reconocimiento del matrimonio sino de dichas uniones. El *matrimonio* gay, expresa Posner, representa la capa roja frente al toro. Exactamente la foto que hemos vivido en nuestro país.

Finalmente, David Friedman menciona una sencilla anécdota que nos permitirá ilustrar con claridad el tema, sacándolo del contexto de la actual discusión en nuestro país. Friedman planteó a un colega gay la pregunta que nos incumbe; su colega, sin dudarle, le respondió que mientras a

personas como él no se les permita denominar matrimonio a las uniones con sus parejas se estaría implícitamente condenando las mismas como una relación de un nivel inferior a las llevadas a cabo por sus pares heterosexuales. El simbolismo de la palabra matrimonio es el centro de su respuesta.

Al repetir la pregunta a otra persona de su círculo social, quien ha estado casado por 50 años y muestra orgullo de este hecho, y a quien sin dudar califica de "inteligente y educado," el mismo opinó que obviamente las parejas de un mismo sexo deberían tener los mismos derechos legales que las parejas heterosexuales. Pero también manifestó que está claro que sus relaciones no eran matrimonios. Nuevamente, el simbolismo es el centro de la argumentación⁴.

¿Por qué el Estado debería dictar leyes definiendo qué es el matrimonio? ¿Es acaso un rol del Estado establecer leyes sobre el simbolismo de las palabras?

Friedman concluye que una ley que prohíba el matrimonio, permitiendo las uniones civiles, impone a ambas partes la visión de una de ellas, de la misma forma que una ley que permita el matrimonio entre personas de un mismo sexo. Dos personas de un mismo sexo tienen el derecho de vivir juntos en una relación matrimonial, pero no el de imponer a otros que denominen esa relación con la palabra matrimonio. El simbolismo una vez más y una aparente encrucijada lógica. ¿Es posible hallar una solución neutral? Como siempre, la solución es simple si no nos limitamos a analizar el problema en forma circular, una y otra vez; si nos permitimos no fijarnos restricciones en cuanto a las posibilidades a analizar. ¿Por qué el Estado debería dictar leyes definiendo qué es el matrimonio? ¿Es acaso un rol del Estado establecer leyes sobre el simbolismo de las palabras? Como bien sostienen Posner y Becker, definitivamente no.

En nuestro país existe una increíble cantidad de leyes y regulaciones, la mayoría de ellas no sabemos ni que existen, otras muchas no se cumplen. Es hora que antes de sancionar una nueva legislación estudiemos los reales costos y beneficios de la misma. Puede ser que nos encontremos con sorpresas. ¿Acaso no lo sería el concluir que una Ley que contemple el matrimonio de personas

4- Al igual que Friedman y Posner considero que el daño emocional sufrido por quienes se oponen a la legislación es tan relevante como cualquier daño físico, y por ello debe ser tomado en cuenta al evaluar los costos y beneficios de la misma. Esta posición no es compartida por un filósofo de la talla de John Stuart Mill, quien, motivado por la indignación que sufrían muchos ingleses frente a la práctica Mormona de la poligamia llevada a cabo en Utah, USA, a miles de millas de distancia, en su célebre tratado *On Liberty*, 1869, argumenta que un individuo no tiene un interés válido en las actividades de otras personas que lo afectan sólo psicológicamente.

de un mismo sexo era innecesaria, que el problema de fondo lo constituía, como en muchas otras ocasiones, la intervención del Estado, en este caso, a través de la Ley de Matrimonio Civil?

Gary Becker ha propuesto hace ya muchos años que las uniones entre parejas heterosexuales deberían basarse en contratos, no ser frutos de acciones legislativas⁵. Un contrato es un instrumento mucho más flexible que una ley dado que permitiría satisfacer las necesidades, o preferencias, de los contrayentes. Dicho contrato debería ser mandatorio en cuanto a un mínimo conjunto de reglas y estipulaciones. La mayoría de las parejas, a los fines de reducir sus costos de transacción, optarían por un contrato standard, similar al provisto por la actual Ley de Matrimonio Civil, algunos agregarían cláusulas específicas (por ejemplo, respecto a la división de bienes en caso de disolución del vínculo, etc.). El rol del Estado, como en cualquier otro contrato, consistiría en asegurar que el mismo sea cumplido y defender los derechos de los terceros que podrían ser afectados por aquel, en este caso el de los niños frutos de dicha unión.

Estos contratos deberían ser igualmente accesibles para cualquier ciudadano independientemente de su género, como lo es cualquier otro tipo de contrato a ser llevado a cabo en nuestra sociedad. En este contexto, la legalización del matrimonio de un mismo sexo dejaría de ser un tema en sí mismo, pues el simbolismo del matrimonio civil habría desaparecido.

Esta solución beneficiaría a las parejas de un mismo sexo, al no verse discriminadas frente a sus pares heterosexuales, dado que el contrato a ser perfeccionado por los contrayentes carecería de todo simbolismo, como cualquier otro contrato llevado a cabo entre dos particulares. Por otra parte, no generaría un costo para quienes se oponen pues no sería el Estado quien deba reconocer con el término matrimonio tales uniones. El Estado no tendría ningún rol en decidir cuál es la palabra adecuada para calificar la relación entre las partes que suscribiesen el contrato, sería potestad de las mismas denominarlo a su completo albedrío.

La solución contractual al problema que nos ocupa puede aparentar ser radical, pero si viajamos a través de la historia es fácil comprobar que el concepto de matrimonio ha sufrido numerosas modificaciones y no puede ser analizado sin tomar en cuenta una referencia temporal y de la cultura de la que nos estemos ocupando. En algunos casos el matrimonio ha representado la compra de la novia por la familia del novio, en otros muchos han sido los padres de los futuros esposales quienes acordaron la boda, aún siendo los futuros esposales niños; la dote es una tradición milenaria, de la misma forma que el divorcio o aún el repudio de la mujer a la sola voluntad del esposo. El matrimonio por amor es una institución relativamente moderna en la historia de la humanidad.

En el marco de la propuesta contractual el término matrimonio mantendría su simbolismo pero en el contexto que le corresponde, el contexto religioso, no fruto de la participación del Estado a través del accionar de su Poder Legislativo.

El matrimonio ha cambiado considerablemente a través del tiempo y no hay razón para suponer que las actuales convenciones permanecerán invariables para siempre.

En el marco de la propuesta contractual el término *matrimonio* mantendría su simbolismo pero en el contexto que le corresponde, el contexto religioso, no fruto de la participación del Estado a través del accionar de su Poder Legislativo. No es función del Estado proveer dicho simbolismo sino de los distintos cultos, los cuales podrán llevar a cabo ceremonias acordes a sus tradiciones con aquellas parejas que hayan conformado contratos como los mencionados y que satisfagan los requisitos requeridos por el respectivo credo para perfeccionar la ceremonia de matrimonio. El simbolismo del matrimonio retornaría, pero al lugar que debería ocupar, un espacio relacionado con los sentimientos, las creencias y la fe, y no en relación a un instrumento legal como lo es la Ley de Matrimonio Civil.

5- Por ejemplo, en 1985, publicó esta idea en su columna de Business Week, la cual es reproducida en Gary Becker and Guity Becker, 1996, *The Economics of Life*, Mc Graw Hill.