

InDret

La libertad de comprometerse: un alegato analítico

Recensión a 'The Law and Economics of Marriage and Divorce', de Anthony W. Dnes y Robert Rowthorn

Pablo Salvador Coderch
Facultad de Derecho
Universidad Pompeu Fabra

Working Paper n°: 119
Barcelona, enero de 2003
www.indret.com

Anthony W. DNES and Robert ROWTHORN, *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 232 págs, \$ 23.

Sumario

1. Trabajo de los cónyuges y roles matrimoniales tradicionales
2. Las buenas señales son siempre caras: el principio del *handicap*
3. Votos y contratos: el *covenant marriage*
4. Parejas de hecho y juventud mal pagada
5. Tolerancia cero para maltratadores
6. El matrimonio como contrato a largo plazo

1. Trabajo de los cónyuges y roles matrimoniales tradicionales

¿Cómo influye sobre la estabilidad del matrimonio el que un marido asigne más horas a las tareas tradicionales masculinas? La respuesta contraintuitiva de Steven L. NOCK y Margaret F. BRINIG (Capítulo 10. *Divorce and the division of labor*, pp. 171 y ss. p. 180) es que, por cada hora diaria adicional, el riesgo de disolución del matrimonio por divorcio se reduce en un 2,4%. Para mayor asombro del lector, los autores añaden que si los hombres se involucran en actividades propias del rol femenino, cada hora de más comporta un 1,3 % de incremento de probabilidad de divorcio. El lector escéptico encontrará en el capítulo citado la sólida base estadística de las sorprendentes afirmaciones anteriores y, además, una discusión cuya lectura le ayudará a ver por qué, en el fondo, no hay ningún prodigio en todo ello: los papeles históricamente masculinos suelen estar mejor pagados y considerados que los femeninos, pero esto no es todo: hay factores psicociológicos, relacionados con la percepción de la justicia o injusticia de la perpetuación de esos roles, que ayudan a explicar la mayor o menor estabilidad matrimonial. El libro editado por Anthony DNES, de la Universidad de Herfortshire, y Robert ROWTOHRN, de la de Cambridge, que InDret recomienda a sus lectores, recoge doce estudios de un general magnífico nivel sobre el derecho matrimonial, una de las materias más fascinantes para el analista económico del derecho civil y, también, una de las menos analizadas con auténtico rigor por los políticos, los periodistas, los catedráticos de derecho y los empresarios morales de nuestras latitudes (v. en particular, Douglas W. ALLEN. *The impact of legal reforms on marriage and divorce*, capítulo 11, pp. 191 y ss. Y para Europa –aunque sin España– Ian SMITH, *European divorce laws, divorce rates, and their consequences*, capítulo 12, pp. 212 y ss.).

2. Las buenas señales son siempre caras: el principio del handicap

Muchos juristas y científicos sociales, deslumbrados por la *evolutionary theory*, recaen - ¿recaemos?- en el ejemplo del dispendioso plumaje de la cola del pavo real para explicar fenómenos humanos tan complejos como el matrimonio: el pavo señala la calidad de su dotación genética a las hembras con costosas y, en apariencia, inútiles exhibiciones de su cola desmesurada. Y es que, con frecuencia, los animales muestran su perfecta forma sometiéndose a hándicaps severos. En el caso del pavo real, es obvio que su incómoda cola le somete a más presión de sus depredadores (“*Honest signals are costly*”). Mas, ¿qué tendrá que ver el utillaje biológico preciso para el éxito del apareamiento de los pavos reales con el matrimonio de los humanos? Bastante: cuando uno de los miembros de nuestra propia especie ofrece casarse o acepta la oferta de matrimonio formulada por otro del sexo opuesto, está señalizando que asume un compromiso duradero: el de establecer una comunidad de vida potencialmente indefinida si no de por vida. Y la efectividad del matrimonio como señal de compromiso serio, de vínculo real que permita y garantice la prestación sostenida de esfuerzo en inversiones específicas para el matrimonio mismo (hijos, educación, afecto, cuidados, relaciones personales, trabajo doméstico, etc.) y que

fuera de él tienen muy escaso valor para quien las realiza, todo ello depende de que el propio matrimonio sea costoso, de que suponga un sacrificio real en comparación con la cohabitación pura y simple o con la fugaz relación sexual de un breve encuentro (centrar la atención en las inversiones específicas matrimoniales es crucial: en términos de bienestar social son deseables ya que aumentan el valor conjunto de la relación para ambas partes, con independencia de cual sea la distribución interna entre ellas). En el capítulo 8º (*Marriage as a signal*, p. 132 y ss.), ROWTHORN introduce al lector al abc del contrato matrimonial y de la *signalling theory* aplicada al matrimonio. Este capítulo, como casi todos los demás de este libro, llama la atención del liberalismo infantil, dominante desde hace cuarenta años, y conforme a cuyos dictados ideológicos, el mejor matrimonio es casi el que no existe, aquél que no comporta vínculos de casi ningún tipo para casi nadie, es decir, aquél que no deja autonomía a los contrayentes para predeterminar las consecuencias del incumplimiento del contrato matrimonial o -como escribió Margaret BRINIG en otro buen libro reciente de análisis económico de derecho de familia- las de la violación del voto solemne de entablar una fiel y entregada comunidad de vida (*From Contract to Covenant*, en *Libros recomendados de Law & Economics*, InDret 4/2002).

3. Votos y contratos: el covenant marriage

La idea de voto, de promesa solemne –formal, pública, comunitaria- está en la literatura del derecho matrimonial de la última década desde que, el 15 de agosto de 1997, Louisiana inició una reacción a la legislación sobre divorcio sin culpa (*no fault*: California, 1970 y en seguida -¡claro!- medio mundo) e introdujo el *covenant marriage*, un contrato matrimonial más duro que el tradicional y que los contrayentes pueden pactar para, como señalábamos hace un momento, mostrar con claridad la rotundidad de su compromiso y permitir así la mayor y mejor dedicación de los cónyuges a la familia. La lectora interesada en más detalles sobre esta controvertida figura legal encontrará en el capítulo 6 una devota descripción de la institución (Katherine SHAW SPAHT, *Louisiana' covenant marriage law: recapturing the meaning of marriage for the sake of the children*, pp. 92) y -no está de más recalcarlo- varios análisis más distanciados en casi todo el resto de los capítulos de este apasionante libro. El péndulo ha oscilado: después de cuarenta años de triunfo de las *No-fault rules*, los analistas hacen una pausa y comienzan a poner en cuestión la bondad universal del principio de la ideología de la irrelevancia de la culpa cuando éste se anuda al de la irrenunciable prohibición legal de asumir compromisos costosos. El interés fundamental del libro en esta materia consiste en que el rigor del análisis sucede a la simpleza de la crítica ideológica: el lector reticente puede perder cuidado, pues no está ante ninguna conspiración de neoconservadores en cruzada por los valores familiares.

4. Parejas de hecho y juventud mal pagada

Anthony DNEs (capítulo 7, *Cohabitation and marriage*, pp. 118 y ss.) recuerda a lectoras y lectores que las parejas de hecho reflejan con claridad la voluntad de asumir menores

compromisos que los matrimoniales –por más que muchos políticos vean esa vía de escape como un motivo de preocupación más- pero que el análisis no debe detenerse ahí: las ganancias de las cohortes demográficas del joven británico mediano no han hecho más que disminuir en relación con las de los hombres mayores –las de quienes tienen 25 años comparadas con las de, digamos, quienes cuentan 45 maduros años de edad-, por lo que no es insensato hipotizar que los jóvenes necesitan mucho más tiempo que hace medio siglo para alcanzar la madurez económica y que, por eso mismo, son menos atractivos como maridos potenciales. Paralelamente, una inversa tendencia en las mujeres refuerza el mismo fenómeno: la participación femenina en el mercado laboral no ha hecho más que incrementarse en los últimos cincuenta años. Si ahora asumimos que los demás factores que subyacen a la evidente atracción de los hombres por las mujeres y viceversa han permanecido constantes, sigue DNES, el consiguiente incremento de la incertidumbre de un matrimonio prematuro deja un vacío que la simple cohabitación tiende a cubrir al menos en parte. Cuán sensata resulte esta conjetura es algo que los lectores de este libro podrán concluir tras la lectura del breve capítulo de referencia.

5. Tolerancia cero para maltratadores

La oleada favorable a la tolerancia cero de casi todo lo que detestamos –por ej., los abusos y maltratos domésticos- refleja la influencia absoluta de la cultura norteamericana en las ideologías del naciente siglo y, desde luego y de forma muy intensa, en sectores muy caracterizados de la izquierda cultural europea que, con demasiada frecuencia, trata de definir sus postulados por oposición a cualquier cosa importada de Norteamérica. Por eso, someter las mil y una propuestas locales de tolerancia cero al ácido del análisis está en la agenda de InDret desde su fundación. Pero si el lector espera ahora una crítica a esta doctrina en sede de derecho matrimonial y de familia, InDret lamentará defraudarle dentro de un segundo: una de las más claras manifestaciones de la tolerancia cero en política legislativa sobre violencia doméstica es la propuesta de descartar toda relevancia del perdón de la parte ofendida o de la renuncia de la víctima a continuar en el ejercicio de la acción. Mas la exclusión de la posibilidad de la renuncia y del perdón del ofendido tiene sentido si se paran mientes en el hecho de que su admisión restaría credibilidad al compromiso (*precommitment*, una de las estrategias más poderosas al alcance de uno o ambos jugadores que tratan de llegar a un acuerdo): *ex ante*, la víctima potencial se beneficia de la existencia de la prohibición, pues la amenaza del castigo sobre el maltratador potencial deviene creíble y éste se guarda muy mucho de caer en la oscura tentación de la violencia doméstica. Todo ello, claro, sujeto a condiciones que los lectores de este libro podrán analizar con algún detalle en el capítulo sobre el adulterio escrito por Eric RASMUSEN, uno de los trabajos más iluminantes de la obra (capítulo 5, *An economic approach to adultery law*, pp. 70 y ss., p. 79) y en el que el autor no se limita a este objeto específico sino que ofrece un marco sencillo pero riguroso para el análisis de los entuertos en la vida matrimonial o familiar.

6. El matrimonio como contrato a largo plazo

El matrimonio no sólo es un contrato, pero también es tal y, más precisamente, es un contrato de duración indefinida, potencialmente, para toda la vida y, de hecho, la mayor parte de los contrayentes así lo creen cuando resuelven casarse. Lloyd COHEN (Capítulo 2, *Marriage: the long term contract*, pp. 10 y ss.), en otro de los trabajos analíticamente más sólidos del libro, asume el reto de defender el marco contractual en el matrimonio en el bien entendido de que nadie niega hoy la especificidad de la institución matrimonial ni, en particular, la idea de que la internalización del compromiso matrimonial es absolutamente básica para entender la figura - "*In marriage more than in any other contract, the spirit counts*" (p. 10)-: el contrato matrimonial se caracteriza porque una parte muy importante de inversiones matrimoniales son específicas del matrimonio mismo y porque el esfuerzo prestado en su realización no puede ser objeto de coerción legal -¿Cómo se podrían ejecutar forzosamente los deberes que forman el contenido esencial del contrato matrimonial sin desnaturalizarlos de forma absoluta?-. Tras mostrar la influencia creciente de la teoría evolucionaria en la explicación de las asimetrías ineliminables entre hombres y mujeres, COHEN se centra en el problema básico derivado de la especificidad del matrimonio: los cónyuges, pero, sobre todo, el marido están crecientemente tentados a incumplir su compromiso y a apropiarse de las cuasirrentas de la otra parte en el matrimonio, es decir, de beneficios de la relación que tienen utilidad sólo en el marco de la relación misma. El problema de la apropiación de las cuasirrentas ha encontrado en la historia de la legislación matrimonial multiplicidad de tratamientos, pero es mérito de COHEN haber realizado una sencilla presentación que los reduce a cuatro: repudio sin compensación; divorcio por mutuo consentimiento; matrimonio indisoluble y divorcio controlado y regulado por un tribunal judicial (pp. 30 y ss.).

El repudio -divorcio unilateral sin compensación- es el equivalente de la denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indefinida del derecho patrimonial. Pero el mismo hecho, escribe COHEN, de que ni siquiera el derecho mercantil vea con favor este tipo de figuras muestra que algo va mal en ellas. Y es que, el riesgo de oportunismo o de error en un contrato de duración indefinida es demasiado grande como para permitir la libérrima denuncia del contrato. El matrimonio, contrato en el cual las inversiones específicas a la propia relación tienen un papel fundamental, no puede recorrer en lo absoluto semejante camino legal si no es en una cultura en la que el papel de uno de los cónyuges, el objeto del repudio, no vaya a ser muy distinto al de un semoviente propiedad del otro.

La regla del divorcio por mutuo consentimiento parece preferible al repudio y desde luego lo es (en este mismo libro es defendida con cálido entusiasmo por Allen M. PARKMAN, *Mutual consent divorce*, capítulo 4, pp. 57 y ss.), pero no es ideal. Como señala COHEN, ningún tribunal puede obligar a cumplir los deberes matrimoniales sin alterar su naturaleza y, a la postre, el incumplidor siempre puede empeorar las cosas por el procedimiento de sitiar por el hambre al cónyuge que le deniega el divorcio y hacerle la vida literalmente imposible hasta que consigue vencer su resistencia.

El viejo y buen matrimonio indisoluble, la tercera familia de reglas que resume COHEN, es una solución aparentemente atractiva, pero, en la práctica actual, resulta, a un tiempo, excesiva e insuficiente: lo primero, porque niega la posibilidad de incumplimientos eficientes del contrato matrimonial o, en el límite, de claros estados de necesidad. Y lo segundo porque, en un mundo como el euroamericano de nuestra cultura, en el cual la separación de hecho no conlleva prácticamente sanciones morales o sociales de ningún tipo, al incumplidor le quedan las salidas del repudio de hecho o de la bigamia también de hecho sin necesidad de dar explicaciones a nadie y sin consecuencias perjudiciales para él.

Queda entonces la alternativa real de nuestros sistemas legales: el divorcio controlado –y regulado en sus consecuencias patrimoniales y personales- por un tribunal. Éste determina la división de la propiedad y el contenido de los deberes y derechos de cada uno de los excónyuges, o, si se prefiere, de los cónyuges divorciados. El problema de fondo de esta solución suele consistir en que el juez carece con harta frecuencia de la información necesaria para adoptar una solución correcta y, aún suponiendo que disponga de ella, la naturaleza esencialmente voluntaria del cumplimiento de los deberes matrimoniales y la destrucción de las cuasirrentas de la relación por el incumplidor dejarán a la parte inocente sin remedios suficientes. Al final, escribe COHEN (p. 33), poco se puede hacer para buscar arreglos razonables si no se cuenta con el sistema de normas morales y sociales sobre las que descansa la institución matrimonial.

El capítulo 3º y siguiente, escrito por Elizabeth A. SCOTT (*Marital Commitment and the legal regulation of divorce*) continúa, sin desmerecerlo ni por un instante, la línea marcada por el trabajo de COHEN: Scott resume en breves pero acertadas páginas el concepto de matrimonio como señal, como compromiso irrevocable y como contrato que enmarcan hoy la mejor tradición analítica en materia de derecho de familia. Ambos autores encarnan el espíritu de la obra y quizás también el *Zeitgeist*: para bien o para mal, ya no estamos inmersos en un universo liberal, en el estrecho marco cultural del liberalismo ingenuo en el que las instituciones existirían sólo para servir a la gratificación inmediata de los individuos. Antes bien, el motivo central reiterado por casi todos los autores del libro es su alegato recurente en pro de la recuperación del matrimonio como compromiso, la defensa de la libertad de los contrayentes para comprometerse de forma duradera en beneficio de ellos mismos y de sus hijos.

Los lectores encontrarán en los capítulos citados y en los restantes de este libro una guía actual y útil para aquilatar la bondad de las reglas legales y de las resoluciones jurisprudenciales que configuran nuestro derecho matrimonial (v. por ej. la cuidada bibliografía comentada que presenta Martin ZELDER en el capítulo 9º, *For better or for worse? Is bargaining in marriage and divorce efficient?*, pp. 157 y ss.). Una vez más, se muestra cómo el mejor derecho descansa en lo mejor de las ciencias sociales. Mas todavía queda mucho trabajo por hacer. En eso estamos.