

Análisis económico de la ruptura eficiente en vínculos matrimoniales ineficientes*

Economic analysis of the efficient rupture in inefficient matrimonial ties

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.42.5838>

John Alberto Tito Añamuro*
Universidad del Norte (Colombia)

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), investigador permanente del Max-Planck-Institut de Hamburgo (Alemania) y profesor de Derecho Privado Patrimonial de la Universidad del Norte (Colombia). titoj@uninorte.edu.co

Resumen

Este trabajo estudia cuál es la estrategia de incentivos que necesitan dos personas para alcanzar las ventajas de una ruptura eficiente, partiendo de la hipótesis de que el vínculo matrimonial es, desde el mercado del matrimonio, ineficiente y, por tanto, genera en la relación y en el entorno familiar más perjuicios que beneficios.

Palabras clave: análisis, económico, matrimonio, divorcio, expés, ruptura, eficiente, maximización, bienestar, incentivos, racionalidad, costos, información.

Abstract

This paper examines what is the strategy of incentives that takes two people to achieve the advantages of an efficient breakdown, based on the assumption that the marriage is, since the marriage market, inefficient and, therefore generates in the relationship and in the family environment more harm than good.

Keywords: analysis, economic, marriage, divorce, rupture, efficient, maximizing, welfare, incentives, rationality, costs, information.

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 29 de enero de 2014

1. INTRODUCCIÓN

Si lo que se entiende por pareja ideal es cero conflictos, lo primero que ha de subrayarse es que esta no existe. De cara a la realidad de las cosas, la conducta de los individuos en convivencia o matrimonio roza con la lógica dominante del conflicto. La única variable es si este es de nivel grave o no grave. Si es grave, los individuos tienen por opción: primero, romper el vínculo matrimonial, pero con el agregado de una gestión negativa del impacto en hijos, custodia, tenencia, litigios, visitas y pugnas económicas, y segundo, romper el vínculo matrimonial bajo una gestión positiva del supuesto anterior. En relación con ello, la primera opción encaja en la categoría de las rupturas ineficientes, y la segunda en las rupturas eficientes. Ahora, si el conflicto es de nivel no grave, la opción descansa en orientar el vínculo hacia la estabilidad, dado que los individuos se funden en la racionalidad común de alcanzar, de manera constante, frente a la relación de convivencia o matrimonio, un alto grado de compromiso.

Lógicamente, la solución deseable llegaría a ser la ruptura eficiente, en la hipótesis de una variable grave. Por ello, el eje de respuestas frente a los incentivos de la norma se sitúa, en este trabajo, en las dos opciones derivadas de esa variable grave. Para lo cual resultan relevantes las reglas que da el Derecho de familia respecto del matrimonio, la convivencia de hecho, el divorcio causal, la separación de cuerpos, la disolución notarial del vínculo matrimonial, los regímenes de patria potestad, tenencia, custodia, gananciales, alimentos, visitas y, entre otros, los costos que suponen los procesos judiciales, dado que la conducta de los individuos responde de modo distinto frente a los incentivos que estas normas jurídicas suministran.

Piénsese, por ejemplo, si una norma regula que para salir del matrimonio, de modo unilateral, debe acreditarse la infidelidad como causa de disolución: si la víctima encontrara en la conducta del infiel el deseo de no romper, estará obligada, además de acreditar una situación difícil de probar, a una convivencia forzada, con la consecuencia de generar unos costos sociales negativos en el entorno familiar, además, claro está, de los costos judiciales que ello supone y, lo peor de todo, sin que

nada le asegure ganar el litigio. Para esa víctima, los incentivos de la norma en su decisión de ruptura serán casi nulos.

En este orden de cosas, y desde la óptica del análisis económico, la Ley 962 de 2005, que regula lo que popularmente se ha llegado a llamar el *divorcio exprés*, ha puesto en tela de juicio dos situaciones: una, la facultad notarial de disolver el vínculo matrimonial, y dos, la ruptura de modo casi determinante de la institución tradicional del matrimonio, esta que se apoyaba en la lógica popular, teológica y jurídica que el matrimonio era indisoluble. Al lado de ambas se pone en entredicho además el impacto de los resultados a futuro de la aplicación de la nueva ley.

De ello, lo relevante, para nuestro trabajo, reposa en la primera situación y, en concreto, en el análisis de la reacción particular de los individuos, atados por un vínculo de derecho, frente a la aplicación de la ley. Uno de los supuestos, como ya se dijo, es el paradigma de la ruptura eficiente, la cual implica, entre otras cosas, la internalización, a través de costos privados, de los efectos negativos que genera la ruptura o convivencia ineficiente.

Así las cosas, se plantea la cuestión de si ¿neutraliza la decisión del *divorcio exprés* las externalidades negativas del divorcio causal clásico? Ello con la finalidad de defender la eficiencia o no de la Ley 962 de 2005. Sin dejar de lado, y de hecho se tomará por punto de partida, el examen del comportamiento de los individuos previo al acuerdo matrimonial.

Ello quiere decir, cuando estos aún se hallan en el mercado de los encuentros, en el mercado del matrimonio. En razón de que la lógica (la pretensión racional) de uno de ellos no siempre encaja con la del otro, y la peor noticia es que ninguno da información real de sus verdaderas pretensiones de cara al matrimonio. Lo cual, como imaginarán, tiene una importancia relevante, no solo en la estabilidad del vínculo, sino en las inversiones de los cónyuges a la unidad matrimonial o, lo que es igual, en la maximización del bienestar de la familia.

Se ha de tener presente, por último, que en la mayoría de vínculos no estables no es el amor la causa del acuerdo; lo cual, de cara a un examen económico de las cosas, facilita la predicción de los comportamientos racionales de los individuos antes, durante y después del matrimonio¹.

2. LOS INDIVIDUOS EN EL MERCADO DEL MATRIMONIO

2.1 Racionalidad

El punto cero de este análisis reposa en la racionalidad de las decisiones de los sujetos frente a los incentivos que suministra la norma. Respecto de ello ha de advertirse que no se pretende soslayar con esto decisiones fruto de conductas no racionales, o de estimaciones subjetivas, como se las conoce en el ámbito del análisis económico del derecho, sino tan solo mostrar un ángulo más verificable, distinto del tradicional y dogmático, positivista y formal del derecho, el cual carece, según nuestro modo de ver las cosas, de instrumentos demostrables sobre estos asuntos. Lógicamente, ello no supone subordinar el Derecho, ni la legitimidad de sus normas, categorías e instituciones jurídicas, sino tan solo alcanzarle una herramienta de análisis más para entender y resolver el derecho.

Por ello, afirmamos que la lógica racional de los sujetos, de cara a verificar un aumento o disminución de su bienestar, es una herramienta de análisis real cuando se quiere verificar el valor y efectos de una

¹ El matrimonio no siempre tiene en causa en el amor, o, dicho en términos económicos, en valores de no mercado, sino en una buena parte de supuestos de valores de mercado, esto es, aquellos intereses susceptibles de medición. Una muestra de ello es: A se casa con B con objeto de obtener la ciudadanía norteamericana. Cuando el móvil es de estos últimos, las predicciones descansan en la racionalidad de la conducta, la cual tiene menos dificultades de medición que los sentimientos, las emociones, o lo que hemos llamado en el punto III. B las estimaciones subjetivas. Con base en ello, y frente a una norma jurídica de matrimonio o de divorcio, no resulta difícil predecir la conducta de los individuos en todas las fases de un vínculo, esto es, antes del matrimonio (en el mercado de solteros y de solteras), durante la vigencia del matrimonio (frente a las inversiones de mercado y de no mercado) y tras el matrimonio (el divorcio) respecto de la asignación de derechos de familia como, entre tantos, es el cuidado de los hijos, la liquidación de la sociedad de gananciales y el régimen alimenticio.

preferencia u otra en el mercado y, en este caso, en el mercado del matrimonio. *Contrario sensu*, y bajo tales circunstancias, “quienes enfrentan situaciones intuitivamente están destinados en la mayoría de supuestos a perder” (Tito, 2012, p. 137).

2.2 Unidad de producción y maximización de bienestar

Para este análisis, lo primero que se ha de subrayar es que la familia se considera una unidad de producción, formada tras un proceso de búsqueda en el mercado del matrimonio (Becker, 1993). Con ello no resulta difícil aplicar el modelo de maximización de bienestar de los individuos a conductas, en este caso, previas al matrimonio, sin descartar aquellas a lo largo de la vigencia de tal acuerdo.

Todo individuo racionalmente considerado desea y busca de modo constante mejorar su *status* actual. Y es eso lo que exactamente ocurre en la multiplicidad de decisiones dentro del mercado del matrimonio.

Una muestra de ello es que si las utilidades de un matrimonio probable son mayores a las de permanecer soltero, entonces la decisión no parece ser difícil. Pero no debe dejarse de lado que, junto a ello, un buen incentivo para salir del mercado está en los efectos de la maximización por los sujetos del bienestar de tener hijos, amor, calidad de vida, *status* y reconocimiento social e incluso el dividir gastos y compartir una vivienda.

En esta ecuación no debe perderse de vista, cuando corresponda, la variable de que en la realidad actual existen parejas no tradicionales en cuya estrategia no siempre yace la idea de tener hijos, *status* y reconocimiento social, sino más bien aquellos elementales de afecto y calidad de vida, algo que precisamente le fue cuestionado a Becker. Para Brinig (1991) a aquel modelo debe considerársele situaciones nuevas, como la incorporación de la mujer al mercado laboral, la crisis de los típicos roles de género y la aparición de nuevas formas de familia. En cualquier caso, el mercado del matrimonio sigue siendo el lugar de intercambio

de información entre distintos sujetos, que con diferentes estrategias buscan o permanecer solteros o alcanzar un vínculo de derecho².

2.3 Información asimétrica e incentivos

En cuanto a ello, la regla general es que los individuos no exteriorizan información real de sus verdaderas pretensiones de cara a una futura unión de hecho o de derecho. De allí que el matrimonio sea un acuerdo de información asimétrica, en el cual en uno de los extremos uno de los sujetos tiene por preferencia un alto *grado de compromiso* y en el otro extremo, el otro sujeto, un *bajo grado de compromiso* o, lo que es igual, *High commitment* (HC) y *Low commitment* (LC) (Beth & Sedikides, 1992). Lógicamente es posible verificar también supuestos de convergencia, ya entre HCs, ya entre LCs, en los que además de ser vínculos eficientes, la información asimétrica es sobrevenida y de nivel no grave, como se dijo al inicio de este trabajo³.

Con lo cual, para ambos supuestos, esto es, vínculos eficientes y vínculos no eficientes, los incentivos que otorga el *divorcio exprés* de la Ley 962 de 2005 modifican, ciertamente, el comportamiento de quienes están dentro de un vínculo de derecho y de quienes están aún en el mercado del matrimonio. Buena muestra de ello, apuntan Becker, Landes y Michel (1977), es que en las últimas décadas el índice de separaciones y divorcios ha aumentado dramáticamente, al punto que

² Pese a la importancia de valores de no mercado, como cariño, afecto, amor, en la formación de un vínculo de derecho, la figura del matrimonio no deja de ser en el fondo un asunto económico, como defiende Cohen (2004). Cohen al respecto sostiene que el matrimonio, muy a pesar de ser la culminación de un proceso de un amor romántico, es conveniente analizarlo desde la óptica de la teoría de la elección racional, dado que en tal proceso hay márgenes de poca reflexión y, en definitiva, la decisión de casarse, por ejemplo, con una mujer en particular sobre la base de un impulso emotivo tal y como es la belleza física tiene implicaciones en el fondo económicas, lo que supone además concesiones y sacrificios; de otro lado, el matrimonio no es más que un camino a la formación de un hogar, la procreación de hijos, etc.; existen otras formas sustitutivas o sustitutos del matrimonio que no dejan de tener importancia, aunque, claro está, el matrimonio es más atractivo y seguro y tiene mayor demanda (Cohen, 2004, p. 12).

³ Al respecto, vid. en detalle supra I.

la probabilidad de que un matrimonio acabe por separación es diez veces mayor a que termine por muerte en los primeros quince años de vigencia del vínculo (p. 1142)⁴. Y no solo ello, sino que muchas parejas se resisten, con base en estos incentivos, a invertir en la maximización del bienestar familiar⁵.

⁴ En un trabajo más concreto Rasul (2005) llega a conclusiones interesantes respecto del impacto del divorcio por mutuo acuerdo a diferencia del divorcio unilateral o causal, afirmando que la liberalización de las leyes del divorcio han modificado las conductas en el mercado del matrimonio, las tasas de matrimonio, los costos del divorcio y, entre otros, la formación de los matrimonios. Una de estas modificaciones que preocupa, según el autor, es que el cambio de leyes del divorcio unilateral ocasionan una caída de las tasas de matrimonio. Por otro lado, el autor refiere que en los últimos cincuenta años son menos las personas que se casan, y los que lo hacen lo hacen no siendo muy jóvenes, sino adultos. Todo lo cual es preocupante siempre que se vea el matrimonio como una unidad de producción y, en tal sentido, una merma en términos macroeconómicos por impacto de la caída de las tasas de matrimonios (Rasul, 2005, pp. 30 y ss.). Y debe decirse que entre las conclusiones a las que arriba el estudio destacan que tras la comprobación del descenso de las tasas de matrimonio, y dado sus implicancias macroeconómicas, en EE.UU. se vienen dando una serie de políticas a favor de la vinculación entre dos personas, fomentado incluso a través de los medios de comunicación, concientizando volver a las uniones maritales y reintroducir los *covenant marriages*. No obstante, el aporte más relevante descansa en que contra la literatura a favor de que, según Coase, un cambio en la asignación del derecho al divorcio no tiene incidencia negativa o ninguna incidencia en los divorcios, Rasul pone en evidencia que esas rupturas pueden no ser eficientes, en orden a que con las leyes de liberalización del divorcio se pone en riesgo las inversiones de los cónyuges, dado que desaparecen los incentivos para invertir en el capital común de la unión marital (pp. 58 y ss.).

⁵ Becker, Landes y Michel van más allá del solo análisis en las consecuencias del divorcio, hacen un examen en sus causas, y dentro de distintas variables se cuestionan ¿por qué los divorcios más comunes se dan entre pobres, negros, genios, retrasados, jóvenes o parejas de religiones distintas? Vid. con más detalle Becker, Landes y Michel (1977, pp. 1142 y ss.). Y en cuanto al impacto de las leyes de divorcio en la conducta de los cónyuges, Stevenson (2007) analiza cómo las leyes de divorcio alteran los incentivos en la conducta de los cónyuges para realizar inversiones en el matrimonio, especialmente en las inversiones a realizar en un nuevo matrimonio, estas se reducen significativamente. Concluye la autora que la gente invierte en sus matrimonios en la medida en que tengan seguridad de una relación estable o en la medida en que sus parejas se comprometan de manera creíble con las inversiones en el matrimonio. En suma, debilitar el acuerdo de matrimonio cambia el incentivo para invertir en el matrimonio. Vid. en detalle Stevenson (2007, pp. 75 y ss.).

Fuera de los incentivos normativos, Stevenson y Wolfers (2007) aluden a incentivos socioculturales que vienen modificando el comportamiento de los individuos en el mercado del matrimonio, como el control de las mujeres de su propia fertilidad, el cierre parcial de la brecha salarial de género, el uso generalizado de anticonceptivos y, entre otros, el impacto de internet en la búsqueda de encuentros (pp. 1-2).

En consecuencia, las estrategias para modificar un estado civil por otro supone la valoración de más de una condición previa en el mercado del matrimonio⁶, lo que en efecto se hará de aquí en adelante.

2.4 Resultados: el valor de las conductas *High commitment* y *Low commitment* en relaciones eficientes e ineficientes y la teoría de la señalización

Sin entrar a valorar la visión productivista, que las partes debieran adoptar en conjunto respecto de un vínculo de hecho o de derecho, es posible catalogar a estas, de cara a una decisión, estando aún cualquiera de ellas en el mercado, en dos grupos: los de *High commitment* (HC), por un lado, y los de *Low commitment* (LC), por otro. Ello tiene relevancia para nuestro estudio, dado que un punto de encuentro simétrico (eficiente) o asimétrico (ineficiente) de estas premisas determinará no solo la posible longevidad del acuerdo, sino que sacará a la luz las externalidades negativas graves y no graves durante la vigencia del vínculo o relación y, con ello, las opciones de estabilidad y ruptura.

⁶ Desde que Becker defendiera la familia como una unidad de producción en la cual, particularmente, el marido invierte en valores de mercado y la mujer en valores de no mercado, tales como el cuidado de los hijos y del hogar, las cosas han cambiado mucho. Precisamente, Stevenson y Wolfers ponen en el escenario del mercado matrimonial otras fuerzas que no solo modifican los paradigmas clásicos, sino también la conducta de las personas a la hora de decidir por un vínculo matrimonial. Prueba de ello es que estos autores sugieren una revisión de la teoría de la familia, dado que la tradicional, la que reposa en nuestras leyes, es una que atiende a la formación de hogares encerrada en los límites que demarcan las leyes del matrimonio; en la actualidad, muchos hogares no precisan de reglas para alcanzar sus fines, de modo que cabe ampliar nuestra forma de pensar respecto del futuro de la familia. Vid. con más detalle Stevenson y Wolfers (2007, pp. 1-3).

Y dado que la información es asimétrica en el encuentro de dos individuos, tal y como se dijo antes, esto es, la ausencia de evidencia directa de las verdaderas intenciones de cualquiera de aquellos dos (regla general), se hace necesario acudir a la emisión de señales, evidencia indirecta, a fin de alcanzar, en el mejor de los casos, una relación eficiente, esto es, aquella en la que ambos individuos manifiesten un alto grado de compromiso, y evitar así externalidades negativas: malestar o sufrimiento de alguno de ellos o de los dos. En definitiva, es relevante el uso de las herramientas que proporciona la teoría económica de la señalización.

Un ejemplo de ello es la promesa de matrimonio. No es un hecho, sino la expresión de voluntad, el indicio o señal de cumplir algo a favor de alguien en el futuro. Con lo cual está sujeta a variación, entra, como dice Prigogine (1997), en el ámbito de la incertidumbre, por lo que cualquier cosa puede pasar. Y en el supuesto que no se cumpla, esa no era una premisa válida para el matrimonio. En consecuencia, corresponderá indagar cuál era el resultado que el promitente pretendía alcanzar bajo esa promesa encubierta. Dicho de otro modo, habrá que sustituir ese consecuente (resultado) por otro, partiendo de la misma premisa (promesa de matrimonio), el cual es por lo general, según Beth y Sedikides (1992), un encuentro sexual (p. 321).

Posner (1994) argumenta, bajo esta lógica, que ese resultado sexual es explicable desde la teoría de la elección racional, la cual da mayores luces que el análisis particular del Derecho que, dicho sea de paso, mantiene en la actualidad hermético el tema sexual; por lo que, si se sigue de esta lógica, es posible no solo analizar, sino predecir, la con-

ducta de ese sujeto, por ejemplo, que nunca tuvo en mente cumplir su promesa de matrimonio⁷.

Un contraejemplo del anterior, es decir, una evidencia directa para lograr un resultado, es el hecho determinante de estar ambos frente a la autoridad competente a punto de firmar el acuerdo; la incertidumbre no solo se reduce, sino que genera expectativas de estabilidad e inversión en bienes de mercado y de no mercado (amor, fidelidad, ocio, afecto a los hijos) en la futura relación y, lógicamente, la estabilidad. En este supuesto, si se sigue la idea de la promesa, esta se estaría materializando de forma positiva para alcanzar aquel resultado matrimonial esperado, y de firmarse el acuerdo, coincidirían en simetría ese antecedente (promesa) y ese consecuente (matrimonio), claro está, sin entrar a valorar el impacto de los *degrees of commitment* previos al acuerdo.

En suma, si la conducta de los sujetos coincide en un alto grado de compromiso (HC+HC), el vínculo o la relación de pareja será eficiente; a igual resultado llevará si esas conductas convergen en un bajo grado de compromiso (LC+LC); sin embargo, si en la operación las variables hallan por punto de encuentro ya un HC+LC o un LC+HC, los vínculos o relaciones serán ineficientes, tarde o temprano acabarán o sufrirán

⁷ Posner postula que nuestros modelos de elección racional pueden ser analizados y predichos de la misma manera que la economía analiza y predice patrones de elección racional en el mercado. Si bien ello no es determinante, facilita conocer la conducta que los individuos desplegarán frente a determinados incentivos. El sexo visto desde la razón, en nuestra opinión, es una de las mayores contribuciones del autor a la comunidad científica, especialmente en orden a que en la cultura judicial se mantiene aún hermético el tema, y la perspectiva multidisciplinar que le da Posner desde la psicología, antropología, filosofía, biología, medicina, historia, literatura y estudios económicos convierte a los temas relacionados con el sexo (piénsese en las cuestiones de género, parejas homosexuales, feminismo, adopción, entre otros) en insumos de reflexión para medir la eficacia de las normas vigentes y, en su caso, proponer nuevas, que integren esas conductas sesgadas por la legislación tradicional. Vid. con mayor detalle Posner (1994, pp. 3 y ss.).

por conservar su vigencia. En ambos casos deben derivarse las externalidades positivas o negativas que suponen esas uniones⁸.

8 En relación con ello, son relevantes las vicisitudes del mercado de matrimonio. Cohen (2004) al respecto apunta que en el mercado de matrimonio, en el mercado de potenciales maridos y esposas, el rol de hombres y mujeres es diferente. Un ejemplo de ello es la oferta de servicios. El paquete de servicios que hombre y mujer ofrecen es drásticamente distinto. La mujer realiza una primera inversión específica al hogar, inigualable por el hombre, en cuanto a la procreación de los hijos, ello rebasa el orden estrictamente económico, la mujer aporta con su integridad, salud y una inmedible descarga de emociones; en cambio, los hombres buscan la protección de la familia y, por consiguiente, la vigencia de ese contrato a largo plazo. Y ya dentro de la convivencia de la relación, frente a eventos graves, son las mujeres quienes sufren más que los hombres, si su deseo es mitigar o anular la causación de esos daños o, dicho de otro modo, las mujeres sufren más que los hombres, por lo general, ante la amenaza de ruptura. Lo cual tiene consecuencias en las segundas nupcias de esa mujer, siempre que la decisión haya sido por la ruptura. Estas consecuencias son, por lo general, que las mujeres son un valor poco apreciado en el mercado del matrimonio, a diferencia de los hombres, que elevan sus posibilidades de nuevas nupcias.

Y algo que consideramos debe subrayarse es lo que a continuación el autor expone respecto de los “costos de adquisición de un nuevo cónyuge” en el mercado del matrimonio: “Un mercado muy desarrollado se traduce por lo general en bajos costos de transacción. El mercado del matrimonio es de hecho un mercado muy desarrollado, dado que ofrece una variedad de vías de competencia para encontrar un cónyuge. Pero pese a este alto grado de desarrollo en el mercado es de una extraordinaria dificultad completar satisfactoriamente la operación, es decir, encontrar un buen partido. En estos casos, los costos son altos. Pero ¿por qué son altos? Se debe principalmente a que se trata de un mercado de trueque. Los hombres no solo se enfrentan a la difícil tarea de encontrar a una mujer a quien hacerle una promesa de unión conyugal de por vida, sino que deben encontrar a una que voluntariamente esté dispuesta a hacer la misma promesa de manera recíproca. Entonces, una búsqueda cuidadosa es vital para ambas partes, dado que ni hombres ni mujeres son bienes fungibles” (Cohen, 2004, pp. 18 y ss.). Lo anecdótico del estudio es que los participantes en el mercado empiezan con las citas, y estas por lo general se inician con el consumo, hasta convertirse con el paso del tiempo en una inversión costosa psíquicamente, más aun con la repetición de la experiencia.

Por último, en esta lógica de uniones eficientes (CH+CH o CL+CL) e ineficientes (CH+CL o CL+CH), que nosotros ya habíamos detallado en los puntos C y D (supra), Cohen pone el acento en la fase de citas, esto es, previo al primer encuentro de confianza, señalando que existen dos obstáculos a superar: primero, la emisión y recepción de señales dentro de un número suficiente de participantes en el mercado y, segundo, la manera de encontrar pasar del status de completamente extraño a por lo menos conocido frente a la potencial pareja.

Tal y como se dijo al principio de este trabajo, se valoran positivamente las relaciones eficientes (HC+HC y LC+LC) y se deja en el ámbito de estudio las HC+LC y las LC+HC. La razón de ello es que, partiendo de las decisiones racionales del mercado del matrimonio, se puede predecir que tras la formación de relaciones eficientes difícilmente los sujetos buscarán la ruptura, sino, como mucho, la estabilidad frente a situaciones del tipo no grave, con lo cual las reglas jurídicas del *divorcio exprés* no representan, *en rigor*, un incentivo para salir del matrimonio; en caso extremo, esto es, modificando una situación no grave a grave, la probabilidad llegaría a ser la ruptura eficiente.

Y por “ruptura eficiente” debe entenderse si en términos de utilidad es para los cónyuges más beneficioso divorciarse que permanecer casados, siempre que, siguiendo el criterio de Kaldor-Hicks, uno de ellos tenga la *posibilidad* de compensar adecuadamente a quien no desea el divorcio.

Así las cosas, el análisis descansa en las relaciones ineficientes; en tal sentido, partiendo igual de decisiones que están aún en el mercado del matrimonio, se puede predecir que tras la formación de relaciones ineficientes, los posibles destinos del vínculo reposarán en rupturas ineficientes o rupturas eficientes. En estos dos tipos de ruptura las reglas del Derecho de familia serán relevantes a efectos de adoptar decisiones. Una buena muestra de ello es, si las reglas de disolución del vínculo matrimonial permitieran a los cónyuges desvincularse *unilateralmente* y vía notarial de la relación, dado el hecho decisivo en la vida práctica de sus distintos grados de compromiso (HC+LC y LC+HC), es decir, ese que nació ineficiente, la prospección será hacia la ruptura eficiente, lógicamente, sumándole y estabilizando el impacto de variables como el régimen de gananciales, tenencia de los hijos y, entre otros, el

de visitas, cuando así correspondan, si no corresponden, deshacer el vínculo estará más próximo a la eficiencia⁹.

Y algo que no debe pasarse por alto es que en estos supuestos toda estimación subjetiva, negación racional de las cosas, estará destinada, como ya se dijo, a perder¹⁰.

Al lado de esto se ha de decir también que los incentivos que suministra la ley del *divorcio causal* para estos supuestos no son eficientes, en orden a que no facilitan la salida de ese cerco matrimonial, especialmente por la vigencia de ese elevado costo de transacción como, entre tantos, es la acreditación causal y el largo proceso judicial; la lógica de ello descansa en que esa ley y sus normas jurídicas responden a la tradicional conservación del matrimonio, esa entronizada en la indisolubilidad del vínculo, que como se sabe, en la actualidad ya no está en la función del Estado, esto es, fomentar un concreto modelo de familia, sino, más bien, el rol de este es garantizar la libertad de decisión de los sujetos y el libre desarrollo de su personalidad (*cfr.* art. 16 Constitución del Estado).

3. DOS CUESTIONES QUE SE DEBEN TENER PRESENTES

3.1 El fundamento de la teoría económica de la señalización

Por todas las cosas que se han dicho, la teoría de la señalización es relevante. Pero debe tenerse en cuenta que ella fue llevada desde la economía al derecho por Rowthorn (2004), específicamente al ámbito del matrimonio, bajo el fundamento de las preferencias sexuales exclusivas o no que una persona desea de otra, la cual fue desarrollada desde la psicología social por Beth y Sedikides (1992), quienes indagando la

⁹ La asignación de derechos de filiación igualitarios a través del cuidado compartido de los hijos es otra de las muestras de que determinadas normas jurídicas están orientadas a alcanzar el punto de eficiencia. Los padres en tal supuesto tienen en la norma el escenario que neutralizaría pretensiones unilaterales de cuidado de los hijos. Lógicamente, el contenido de tal norma debe coordinarse con la facultad dispositiva que tienen las partes respecto de la norma.

¹⁰ Vid., al respecto, *supra* II, A.

permisividad sexual de parejas en función de las conductas tipo HC y LC concluyeron que, además de los diferentes grados de compromiso, las preferencias de las mujeres son de bajo grado de permisividad sexual y alto grado de celebración de matrimonio, esto último independientemente de si sexualmente son permisivas o no; y las preferencias de los varones muestran un bajo nivel por la celebración de un matrimonio y uno alto por la permisividad sexual, especialmente en aquellos del tipo LC; todo ello en una muestra de 248 personas, 124 varones y 124 mujeres heterosexuales (p. 321).

Al lado de este esquema de preferencias, el estudio se apoya además en que las mujeres presentan un mayor valor al amor y al compromiso (Carroll, Volk & Hyde, 1985; Gfellner, 1988; Hendrick & Hendrick, 1987)¹¹, algo que con el paso del tiempo no parece haber variado mucho¹².

11 Se pueden extraer, incluso, más indicativos o señales que los individuos racionalizan para una elección según su sistema de preferencias; en este sentido, vid. en extenso Carroll, Volk y Hyde (1985), quienes muestran resultados de un estudio empírico sobre la base de la teoría de la doble moral sexual (pp. 321 y ss.).

12 Ese mayor valor de las mujeres al amor y al compromiso es relativo, depende del grado de vinculación que se desee. El estudio de Beth y Sedikides (1992) estima que en condiciones de alto grado de vinculación tanto hombres como mujeres son altamente selectivos, ambos prefieren una pareja no permisiva sexualmente y, por tanto, sus dimensiones de evaluación son elevadas. Por último, debe tenerse presente que si bien es cierto que la permisividad sexual depende del grado de vinculación de cada sujeto en el mercado, existen factores que no se han tomado en cuenta, y por ello podría variar el cálculo; son en este sentido los siguientes: primero, los estudios no examinan la permisividad sexual en comparación con otras consideraciones relevantes en el mercado, como el atractivo físico, el status socioeconómico y las actitudes y, segundo, las impresiones del sujeto. En relación con el primero, advierten las autoras que dado estos nuevos factores no considerados en el estudio, hay que tener precaución de la generalización de resultados, dado que los que ellas hicieron fueron fuera de laboratorio y, por tanto, sujeto a más de una característica a juzgar en el individuo. En relación con lo segundo, la actitud sexual de una persona debe tomarse en cuenta en la formación de impresiones que un sujeto tiene de otro; así, en un estudio se demostró que entre distintas preferencias, como los temas de religión, aficiones, cuestiones sociales, política, objetivos profesionales, educación u ocio, el tema de la actitud sexual fue dominante para ser tratado como prioritario en relación con los demás, por lo que los resultados sugieren que las actitudes sexuales pueden ser relevantes a la hora de valorar y encontrar pareja en el mercado del matrimonio (Beth & Sedikides, 1992, pp. 330 y ss.).

En cualquier caso, este esquema de preferencias orienta pero no determina las posibles predicciones en el mercado del matrimonio; en orden a que no hay evidencia directa de las intenciones de las partes, salvo excepciones como el contraejemplo anterior, en cuyo caso los sujetos se funden en la racionalidad común de maximizar su bienestar. Como podría ser, según Rowthorn, el mismo hecho del matrimonio. Aunque debe tenerse en cuenta que en la actualidad ese hecho por sí solo no asegura la estabilidad de una relación, sino la constante de buscar la maximización del bienestar de la familia, con lo cual, propiamente, las leyes que han levantado el cerco para salir libremente de un vínculo, sin muchos costos y dilaciones, como es el caso de la Ley 962 de 2005, del *divorcio exprés*, no representan un incentivo decisivo en la decisión de ruptura, claro está, en las relaciones eficientes, sino tan solo una posibilidad.

De otro lado, Carroll, Volk y Hyde (1985) aluden a otro tipo de señales, que parten de la *teoría de la doble moral sexual*, que los individuos racionalizan para una elección según sus preferencias; de acuerdo con ello, se alienta a los varones a tener relaciones sexuales prematrimoniales y a las mujeres a racionalizar, en cambio, que tales comportamientos son “negativos”; por ello es que los varones desean en el mercado prematrimonial mujeres sexualmente permisivas y rechazan, por lo general, a las comprometidas o atadas por un vínculo matrimonial (p. 321).

Kenrick y Trost (1989), desde una perspectiva evolutiva, agregan que las mujeres son más selectivas que los hombres en cuanto a elegir las características de sus potenciales parejas, por ejemplo, inteligencia, bondad, comprensión, y que tales elecciones son mayores para encuentros sexuales casuales que para los de una relación conyugal (pp. 92 y ss.).

Por estas cosas, y con base en los artículos seminales de Bishop y Trebilcock, construye Rowthorn (2004) una lógica de predicciones sobre señalizaciones en el derecho, fruto de la cual afirma que “ante la ausencia de evidencia directa, las verdaderas intenciones de las personas solo pueden deducirse de pruebas indirectas” (p. 135). En este sentido, indica que las personas que están buscando una relación de com-

promiso deben encontrar alguna forma de canalizar esa intención, vía señales, para transmitirla a alguien en concreto. Una de ellas, de las tantas que existen, es la voluntad de contraer matrimonio. La cual, si se hace público, esto es, las verdaderas intenciones de la pareja, esa señal adquieren un alto grado de fuerza matrimonial. Spence, apunta Rowthorn (2004), desde la economía define las señales como actividades o atributos de los individuos en el mercado, que por estrategia o accidente modifican las creencias de alguna persona o, en su caso, transfieren información real que se ajusta a lo esperado, siendo estos atributos alterables e inalterables (pp. 135-136).

Para una mejor comprensión de ello se ilustra con el ejemplo de la edad de una persona: si se parte de la hipótesis de que las personas mayores no son buenas en promedio para el manejo de nuevas tecnologías, entonces para un empresario es racional decidir por seleccionar candidatas jóvenes. Lógicamente, desde el ángulo de lo que es o no es justo, esa elección empresarial sería socialmente lesiva, en orden a que parece injusto discriminar a un candidato por el solo hecho de la edad, sin considerar la comprobación de sus habilidades y competencias para el oficio. Spence, según Rowthorn (2004), agrega que a este respecto desde la lógica del empleador ello es perfectamente racional por cuanto evita costos y la necesidad de crear o comprar un programa de selección rigurosa exclusiva para la valoración de un individuo en las convocatorias (p. 136).

Con todo ello Rowthorn (2004) infiere que es posible que el matrimonio funcione como una señal de varias maneras. Cuando un individuo ofrece matrimonio a otra persona y esta lo acepta, se considera normalmente como indicación de compromiso o deseo para una relación larga y duradera; y si una persona está casada, ello significa por lo general que él o ella están inmersos en su vínculo de compromiso, por lo que no están sexualmente a disposición de terceros oportunistas; de otro lado, el hecho de que una persona esté casada es una señal que será útil para los criterios de selección de algunos empleadores e incluso del Gobierno, siempre que se busque para el oficio fiabilidad, salud y ambición; y, entre otros tantos supuestos, es también una señal, el mero hecho de que alguien quiera conseguir tan solo la legalidad de

un vínculo matrimonial, de que esa será la forma en que ve el futuro de su relación (Rowthorn , 2004, pp. 137-138).

De un modo más crítico Cohen (2004) afirma que en sociedades primitivas las señales estaban particularizadas y se conocían cuáles eran; por lo que en comparación con las actuales de la sociedad moderna tienen mucho más valor. En el mercado del matrimonio actual hay tantas señales que en lugar de reducir los costos de búsqueda los aumentan: las señales sutiles a menudo se pierden en la monotonía o se malinterpretan, y las señales groseras indican con frecuencia la falta de educación o de tacto social. Estas señales, que el autor cataloga de infrarrojo, pueden llegar a ser riesgosas dentro de un esquema de puntuación; la más común es que el individuo se expone a un clima de vergüenza; no es lo mismo, comenta el autor, que mi oferta sea rechazada cuando compro un vehículo a que si es de una pretensión matrimonial; en el primer caso el valor del bien no es tan relevante como en el segundo: en este, ese individuo quedaría como indigno y desmoralizado a causa de ese rechazo (Cohen, 2004, pp. 19 y ss.)¹³.

De manera más concreta Alascio (2007) arguye que la efectividad de la señal depende del costo que el agente realiza en el mercado para enviarla; así, cuanto más alto sea el costo, más valiosa será la informa-

¹³ Frente a estas cuestiones Cohen argumenta que para evitar el rechazo conviene una socialización inicial, que puede darse en los colegios o en el trabajo, donde hay más seguridad; aunque alega que eso ahora es bastante relativo dadas las denuncias por acoso sexual, lo que para el autor es, además de la causa, la reflexión de que no todo es perfecto, y de otro lado, muchas personas no ven esos ambientes apropiados para buscar una pareja. Esto es cierto especialmente para las mujeres y, en concreto, para las madres que buscan en el mercado un nuevo matrimonio. Ello es así incluso si los costos de transacción son cero. La razón de esto es que si hay hijos, estos representan un costo muy alto en la búsqueda de nueva pareja, a pesar de que los hijos son la inversión más importante de una relación conyugal, y dado que son las mujeres quienes por lo general asumen la custodia, son ellas quienes más sufren este costo y, por último, quizá lo más importante, en palabras del autor, es que las mujeres con frecuencia pierden valor en el mercado en relación con los hombres por la sola razón del envejecimiento (Cohen, 2004, p. 19); contrario sensu, las mujeres jóvenes son más valoradas por los hombres, especialmente porque ellas obtienen ganancias tarde en comparación con estos y en razón de que el contrato de matrimonio promete ganancias para ambas partes (p. 24).

ción para quien la recibe. Un ejemplo de ello es cuando B envía una señal que corresponde a su tipo, con lo cual para A el costo de contraer matrimonio es muy elevado, y solo lo contraerán si ambos son del tipo HC. Por tanto, “si el matrimonio es indisoluble, solo elegirán contraerlo aquellas personas interesadas en un alto grado de compromiso, así el costo de contraer matrimonio es tan elevado para un LC que nunca lo aceptará” (p. 8).

En suma, la cobertura de la teoría de la señalización que ha dado al ámbito del derecho de familia, aplicable también a otros escenarios, es para los efectos de predicción de la conducta de los individuos en el mercado prematrimonial una herramienta útil para que sea posible la orientación de sus preferencias y, en definitiva, la organización de estrategias eficientes, aunque, como ya se dijo, no son siempre determinantes, de cara a la decisión sobre la construcción y vigencia de un vínculo matrimonial.

3.2 Estimaciones subjetivas y teoría de juegos

En el cuadro de predicción de comportamientos de los sujetos inmersos en el mercado pre-matrimonial y en la relación de convivencia o matrimonio, las estimaciones subjetivas, las valoraciones no racionales, lo intuitivo, no llega a formar parte de una ecuación racional en la que se tenga por horizonte alcanzar un resultado eficiente, esto es, según Pareto, uno que no pueda ser modificado para mejorar la situación de una persona sin perjudicar a otra. Lo que lleva implícito además una gestión o administración de riesgos, a través, como ya se dijo, de una estrategia de decisiones racionales, esto es, deliberadas y conscientes, que den justificaciones razonadas de esas decisiones, cuando corresponda; lo que no significa cerrar el paso a lo emotivo, lo subjetivo, lo intuitivo, que pueden conducir a resultados eficientes, sino tan solo tomar variables más objetivas y medibles que aquellas: en la ecuación de las predicciones.

Así las cosas, el modelo cognitivo clásico sobre el cual descansa la categoría jurídica del matrimonio y su correspondiente categoría del divorcio causal está diseñado bajo los criterios tradicionales de que

aquel es indisoluble y este asegura que lo sea. Lógicamente, la categoría del matrimonio ha evolucionado jurídicamente con el paso del tiempo, partiendo, claro está, desde el derecho canónico, en el que a la fecha se aferra a tal dogma pese a las nuevas situaciones de hecho, al punto que ha dado paso en las codificaciones a una puerta de salida, que es precisamente la construcción de la categoría del divorcio causal; pero donde la evolución no se ha mostrado ha sido en el ámbito subjetivo, la moral, los valores, si se quiere, dado que en el inconsciente colectivo aún reposa la idea de la indisolubilidad; prueba de lo cual es justamente el conjunto de reglas del divorcio causal que, visto desde la economía, no es otra cosa que barreras de obstáculos tan elevadas que impiden a cualquiera de los cónyuges salir de esa indisolubilidad sociocultural, sin tomar en cuenta que estos, de cara a sus conflictos, no solo están forzados a convivir con dificultades, sino que en lugar de mejorar su *status* y calidad de vida están condenados, además de al fracaso, a internalizar malestar y sufrimiento en lugar de bienestar y felicidad.

Tan cierto es esto que esas barreras encarnan el germen de una cadena de efectos de externalidades negativas en valores de mercado, como disputas por dinero, activos, bienes, enseres, salarios, ganancias, entre otros, y valores de no mercado, como la ausencia de afecto, contiendas, tratos inicuos a los hijos y, en fin, un efecto multiplicador nocivo fuera del círculo matrimonial; todo ello sin contar las tediosas dilaciones y costos de procesos judiciales ineficientes.

De todo ello ha quedado en el inconsciente colectivo que una vez dos sujetos coincidan en un punto matrimonial, la ruptura es de las soluciones que fragmentan la naturaleza de un vínculo indisoluble y eterno a la cual no ha de acudirse muy a pesar del malestar interno y convivencia lesiva que se viva, frente a la que se ha creado incluso la barrera moral de una estigmatización negativa cuando los sujetos, tras la ruptura, se reinsertan al mercado de los encuentros; ello sin contar, claro está, las negativas estimaciones sociales.

Ello arrastra la visión negativa que se tiene de las normas jurídicas que, como la Ley 962 de 2005, facilitan la disolución, que de verlas en

sentido empírico, esto es, si en la práctica maximizan o no bienestar, la prospección de su aplicación se articularía en los niveles de rupturas eficientes y, junto a ello, además la dinámica de cambio de esas estructuras culturales tradicionales¹⁴.

Por todas estas cosas es posible afirmar que tanto en el mercado pre-matrimonial como en el matrimonio mismo existe “una importante carga subjetiva que precede las decisiones de los sujetos” (Tito, 2012, p. 133); resultado de lo cual es mínima la formulación de un programa objetivo que integre cálculos de costo-beneficio; las partes se guían, más bien, por conjeturas intuitivas, proyecciones de bienestar del matrimonio, articuladas en la aversión al riesgo del rechazo moral y cultural en lugar de los de seguridad en la defensa de sus intereses, tal y como sería el caso en que uno de los individuos se reprima proponer a su pareja el acuerdo de división de patrimonios antes de la celebración del matrimonio por el solo riesgo de ruptura o la creación de un clima de ruptura.

Si además todo ello se ve desde la teoría de juegos, esto es, las decisiones racionales de individuos que interactúan (o responden) con base en las decisiones de otros individuos, la formación, conservación y disolución de un vínculo matrimonial no debería incardinarse en la lógica de *yo gano y tú pierdes*, es decir, en un juego de suma cero, sino

¹⁴ Mnookin y Kornhauser (1979), a favor de las leyes que liberalizan el divorcio, sugieren que estas deben verse no como la imposición de unas conductas desde arriba, sino, más bien, como el suministro por parte del Estado de un cuadro en el cual quienes van a divorciarse tienen la posibilidad de fijar sus propios derechos y responsabilidades postdisolución, esto es, su propio ordenamiento privativo de conductas. Para llegar a esto aluden que previo a llevar un asunto de divorcio a los tribunales, las partes ya tienen alguna idea o programa de distribución de derechos y responsabilidades de gananciales, custodia y visitas, entre otros temas, por lo cual advierten que los incentivos que generan las nuevas normas son inevitablemente relevantes para el Derecho de familia ya legislado (pp. 950 y ss.). Entre los temas relevantes que tocan las nuevas leyes del divorcio están: ¿hasta qué punto es conveniente depositar en los cónyuges la discrecionalidad respecto de la custodia de los hijos?, ¿cuál debería ser el régimen de visitas adecuado?, ¿cuál debería ser el papel de los abogados en los procesos de divorcio? y, entre otros, ¿cuál debería ser el papel de los tribunales en los divorcios con ausencia de disputa? (pp. 952 y ss.).

en uno en la que ambos jugadores, los novios, los promitentes, los casados, los a punto de separarse y los divorciados, ganen, esto es, en un juego cooperativo.

Pero ello requiere de elecciones racionales, de una estrategia cooperativa conjunta, orientada a la maximización de bienestar del grupo familiar, lo cual es distinto a la teoría de la elección racional (la racionalidad, como se dijo antes), en orden a que en esta las ventajas y desventajas están ya tasadas de antemano: si A compra el producto X y no Y es porque aquel le reporta siempre beneficios. En cambio, en un juego cooperativo, esos beneficios no están determinados, sino que será la pareja de jugadores, los novios o casados, quienes busquen en cada movimiento una ventaja o encuentren desventajas, costos o riesgos, dependiendo de la elección racional de cada uno de ellos.

A diferencia de las estimaciones subjetivas, en las que los jugadores no incorporan con base en la estrategia todas las variables para maximizar su bienestar y alcanzar la eficiencia, el juego cooperativo matrimonial (que se funda, como ya se dijo, en decisiones racionales) es una herramienta útil a efectos de organizar la celebración, vigencia, duración y, en su caso, la disolución del vínculo, por cuanto que no es propio de sus integrantes la competencia, como sería en los juegos de suma cero, según se dijo antes.

Sobre teoría de juegos se ha dicho bastante, aunque considero que muy poco en el ámbito del Derecho de familia, lo que no obsta su aplicación, sino todo lo contrario. Neuman y Morgenstern (1944), quienes abrieron paso para que se trasladara a ámbitos distintos de las matemáticas, ponen de manifiesto las vicisitudes de la teoría clásica de juegos en la que se analizan básicamente las decisiones racionales en términos de construcciones competitivas (juegos no cooperativos), como en el ejemplo anterior, y de otro lado, construcciones no competitivas o de coalición (juegos cooperativos), como el caso del supuesto sugerido de una pareja de novios o de casados, las cuales fueron abstraídas de juegos de ocio como el póquer, monopolio, entre otros, en los cuales, como apuntan Monsalve y Arévalo (2005), dos o más agentes, considerando las acciones de sus oponentes, deben tomar decisiones en el es-

fuerzo por obtener las máximas ganancias posibles, lo que ha abierto, como se dijo, posibilidades de aplicación al mundo real: los jugadores pueden ser humanos, instituciones, poblaciones de animales, partidos políticos, agentes de un mercado, etc., a la vez que las estrategias pueden ser de muy diversa índole (Monsalve & Arévalo, 2005, p. 15).

Ello, por último, visto desde los incentivos que suministra la ley del *divorcio exprés* no supone una herramienta más, sino un activo útil, que en coordinación con los instrumentos ya estudiados es un medio viable a efectos de alcanzar cada vez una mejora respecto de una situación anterior. La teoría de juegos tiene en estos campos una habilidad única, según aquellos autores, con quienes se coincide: “la de ser un sistema de referencia para el estudio de las interacciones, descrito en términos simples y universales” (Monsalve & Arévalo, 2005, p. 15).

4. SOLUCIÓN DESEABLE: LA RUPTURA EFICIENTE EN LA HIPÓTESIS DE UNA VARIABLE GRAVE

Llegado a este punto corresponde valorar lo que mejor conviene a dos individuos atados por un vínculo de derecho. De entrada hay que descartar los vínculos eficientes, esos que no presentan externalidades familiares graves, por dos razones: una, la unión ha sido formada con base en conductas prematrimoniales simétricas o eficientes de los tipos HC+HC o LC+LC, en cuyo caso ambos individuos se funden en el crisol o la racionalidad común de llevar la unión sobre la línea siempre difícil e impredecible de la estabilidad, que los hará enfrentar por lo general a eventos no graves; y otra, si la pareja enfrentara eventos del tipo grave, esto es, la transición a un *status* problemático, la probabilidad sería, por la génesis de la unión eficiente en el mercado, hacia la ruptura eficiente. Con todo ello, el problema se reduce a las vicisitudes de una variable grave en uniones nacidas desde un principio en la asimetría (HC+LC o LC+HC) o ineficiencia. Frente a lo cual serán relevantes para las elecciones de los sujetos las normas jurídicas tanto del divorcio causal como las de la nueva ley del divorcio notarial o *exprés*.

Dicho aquello e inmersos en las vicisitudes de un vínculo ineficiente, condicionado en su estabilidad por algún tipo de evento grave, la

probabilidad de romper el vínculo por esos individuos de manera eficiente (ruptura eficiente) es casi nula. En razón de que alguno de ellos prefiere mantener, a pesar de todo, la unión y el otro, en cambio, no lo desea, sino que prefiere salir de ese encierro matrimonial, generando en esos casos externalidades negativas, tales como malestar, sufrimiento, controversias económicas y, entre otros, maltratos, incluso a los hijos, si los hubiera, que difícilmente los internalizarán a través de costos privados, por la razón fundamental de que la unión nació ineficiente, esto es, que ambos sujetos se unieron *ab initio* sobre la base de distintos grados de compromiso frente a la relación y, por consiguiente, frente a las inversiones en ella, ya de mercado ya de no mercado, como se dijo antes, y en el supuesto de una ruptura *de facto* a elección de cualquiera de las partes o de los dos, sin la internalización de esas externalidades negativas, la tendencia del vínculo transitará por lo general sobre la línea del fracaso y sufrimiento o, lo que es igual, sobre los contornos de una ruptura ineficiente¹⁵.

Si se agregaran a ello las reglas jurídicas del divorcio causal, esas que más que facilitar la disolución la obstaculiza bajo los criterios de conservación de un modelo de familia clásico, según se dijo antes, se multiplicarían por *n*, tarde o temprano, las vicisitudes negativas de esas convivencias y vinculaciones ineficientes, particularmente por la irrogación y aumento perjudicial de costos, tiempo y daños de no mercado; consecuencia de lo cual resulta difícil afirmar que las normas que exigen acreditar una causa de desvinculación sean eficientes, sino todo lo contrario, ineficientes.

¹⁵ Descartadas las consecuencias de los vínculos eficientes, en los ineficientes sin la disposición racional de los sujetos y sin normas que faciliten la ruptura eficiente difícilmente se llega a un status de eficiencia. En la disposición racional, los sujetos internalizarán estratégicamente y mediante costos privados las reglas de la ruptura respecto, por ejemplo, de la división de bienes, visitas a los hijos y alimentación. Por ello, una ruptura armónica con padres y madres que no sean perdedores ni ganadores disminuye el costo social de la ruptura en beneficio, claro está, de todos sus integrantes.

Ahora bien, queda por resolver la probabilidad de una ruptura eficiente en sujetos cuyo vínculo haya nacido ineficiente, asimétrico, de los tipos (HC+LC o LC+HC), como se dijo antes.

Ciertamente, una solución de mejora, que minimice el malestar de los potenciales a divorciarse, resulta difícil de suministrar si no se lleva por el camino del incentivo a decisiones racionales de esos sujetos, lo cual es hartamente complicado, y espinoso si se trata de doblegar las acciones, reacciones y resistencias no racionales, especialmente si la unión ya ha echado raíces durante su vigencia, los incentivos de las normas deberían facilitar a estos efectos opciones de disolución en lugar de cercar legalmente una situación fáctica que con vista en lo anterior se ha tornado en insostenible e ineficiente.

Con todo, y en un entorno de estas magnitudes, la cuestión que cabe es cómo llegar a rupturas eficientes partiendo de voluntades ineficientes *ab initio*; ya se dijo que el peor de los caminos es, desde la teoría de la elección racional y la teoría de juegos, el de las estimaciones subjetivas y objeciones o impugnaciones no racionales.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista, la vía a una desvinculación eficiente ha de pasar por los siguientes estadios:

Primero, racionalizar la salida del círculo delineado por las normas del Derecho de familia en cuanto a matrimonio, patria potestad, tenencia, cuidado, gananciales, alimentos, visitas, entre otros, gestionando los riesgos de los mismos. Segundo, internalizar las externalidades negativas a través de costos privados, incluso las futuras: conviene cubrir los costos de hoy que los de mañana, sería la lógica; y, claro está, no alude solo a los económicos, sino también a los de no mercado. Tercero, programar estratégicamente un esquema de incentivos privados, reglas privativas de las partes, a fin de neutralizar las dificultades, proyectando la *posibilidad* de compensación al cónyuge que sufrirá más la ruptura, buscando la maximización del bienestar. Y, cuarto, en el mercado del matrimonio racionalizar conexiones simétricas, ya de bajo grado de compromiso, ya de alto grado de compromiso o, lo que es igual en

este último supuesto, eficientes, con la finalidad de soslayar a futuro vicisitudes ineficientes.

Y si a esta lógica se agrega la variable normativa de la Ley 962 de 2005, que regula el *divorcio exprés*, la predicción de los comportamientos de esos sujetos, involucrados en una unión asimétrica, se encauzará hacia la ruptura eficiente, con todas las ventajas que ello supone.

Si bien es cierto que, a todos estos efectos, la Ley 962 de 2005 crea mejores incentivos en las acciones y pretensiones de las partes, ello por estar dentro del marco de las normas dispositivas no asegura una ruptura eficiente, pero en comparación con la ley del divorcio causal anterior lo facilita.

Por último, racionalizar señales no implica anular emociones y sentimientos, menos el amor. Desde la teoría del paréntesis (el dejar de momento algunos fenómenos en suspenso), esas pulsiones del individuo tan solo quedan suspendidas, algo así como dentro de un paréntesis. Esto es, con la posibilidad de salir y brotar con toda libertad cuando el sujeto tenga certeza del resultado de la señal racionalizada, es decir, dependiendo si la probabilidad de ese vínculo llega a ser eficiente o no, será entonces cuando el amor y los sentimientos convivan al lado de la razón, maximizando con ello el bienestar de la familia.

5. CONCLUSIONES

Primera

La categoría jurídica del matrimonio y del divorcio, y las demás del Derecho de familia, pueden verse desde un ángulo nuevo de las cosas, desde la lógica simple y empírica de la economía, lo que no supone subordinar ni menos evitar el Derecho y sus normas jurídicas; el análisis económico conduce a un resultado más real de las cosas, como señala Bullard (2002), “ayuda a pensar el Derecho de otra manera a aquella a la que estamos acostumbrados” (p. 35).

Segunda

La vinculación de dos personas, vista desde el análisis económico, tiene relevancia desde fase prematrimonial, desde el mercado del matrimonio, en el que los individuos invierten bienes de mercado y no mercado a fin de encontrar uniones que debieran ser eficientes, uniones que deben entenderse como unidades de producción, soslayando las estimaciones subjetivas. En este mercado, ya se dijo, es posible aglutinar a los individuos en dos grupos: los que tienen alto grado de compromiso (HC) y los que tienen bajo grado de compromiso (LC), lo que es útil para vinculaciones eficientes; para lo cual no debe dejarse de lado la teoría de la elección racional, la teoría de estimaciones subjetivas, la teoría de la señalización y la teoría de juegos.

Tercera

La mayoría de supuestos lesivos se presentan en uniones asimétricas o ineficientes, en las cuales frente a eventos graves las partes deberían alcanzar una ruptura eficiente con base en los criterios económicos analizados, en cuyo curso la Ley 962 de 2005 es un apoyo eficiente frente a la ley del divorcio causal anterior aún vigente.

REFERENCIAS

- Alascio, L. (2007, enero). Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos para pedirlo. *Indret*, 1, 1-16.
- Becker, G. (1993). *A treatise on the Family*. Cambridge: Harvard University Press.
- Becker, G. Landes, E. & Michel, R. (1977, Dec.). An Economic Analysis of Marital Instability. *Journal of Political Economy*, 85(6), 1141-1187.
- Beth, M. & Sedikides, C. (1992). Effects of Sexual Permissiveness on Desirability of Partner as a Function of Low and High Commitment to Relationship. *Social Psychology Quarterly*, 55 (3), 321-333.
- Brinig, M. C. (1991). Rethinking marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform. *Tulane Law Review*, 65(5), 953-1010.
- Bullard, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del derecho en el Perú. *Themis*, 44, 17-35.

- Carroll, J., Volk, K. & Hyde, J. (1985). Differences between Males and Females in Motives for Engaging in Sexual Intercourse. *Archives of Sexual Behavior*, 14, 131-139.
- Cohen, L. (2004). Marriage: The long-term contract. En A. W. Dnes & R. Rowthorn, *The Law and Economics of Marriage and Divorce* (pp. 10-34). Cambridge: Cambridge University Press.
- Gfellner, B. (1988). Relations between Sexual Attitudes, Gender, and Sexual Behavior concepts of Older Adolescents. *Journal of Adolescent Research*, 3, 305-316. DOI:10.1177/074355488833006
- Hendrick, S. & Hendrick, C. (1987). Multi-dimensionality of Sexual Attitudes. *Journal of Sex Research*, 23, 502-526.
- Kenrick, D. & Trost, M. (1989). The Reproductive Exchange Model of Heterosexual Relationships: Putting Proximate Economics in Ultimate Perspective. En C. Hendrick, *Close Relationships* (pp. 92-118). Newbury Park, CA: Sage.
- Mnookin, R. & Kornhauser, L. (1979). Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. *The Yale Law Journal*, 88 (5), , 950-997.
- Monsalve, S. & Arévalo, J. (2005). *Un curso de teoría de juegos clásica*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Neumann von, J. & Morgenstern, O. (1944). *Theory games and economic behavior*. New Jersey: Princeton University Press.
- Posner, R. (1994). *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press.
- Prigogine, I. (1997). *El fin de las certidumbres* (5ª ed.). Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Rasul, I. (2005). Marriage Markets and Divorce Law. *The Journal of Law, Economics, and Organizatios*, 22, 30-69. DOI:10.1093/jleo/ewj008
- Rowthorn, R. (2004). Marriage as a signal. En A. Dnes & R. Rowthorn, *The Law and Economics of Marriage and Divorce* (pp. 132-156). Cambridge: Cambridge University Press.
- Stevenson, B. (2007). The Impact of Divorce Laws on Marriage-Specific Capital. *Journal of Labor Economics*, 27 (1), 75-94.
- Stevenson, B. & Wolfers, J. (2007, Feb.). *Marriage and divorce: changes and their driving*. Disponible en: <http://nbn-resolving.de/>
- Tito, J. (2012, julio). No siempre conviene firmar la paz, sino el conflicto: Frente a los modelos alternativos de solución de controversias. *Revista de Derecho* (Edición Especial), 129-155. Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia).