

InDret

La llibertat de comprometre's: un al·legat analític

***Recensió a 'The Law and Economics of Marriage and Divorce', d'Anthony W.
Dnes i Robert Rowthorn***

**Pablo Salvador Coderch
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra**

**Working Paper núm: 119
Barcelona, gener 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 pàgs, \$ 23.

Sumari

1. Treball dels cònjuges i rols matrimonials tradicionals
2. Els bons senyals són sempre cars: el principi del *handicap*
3. Vots i contractes: el *covenant marriage*
4. Parelles de fet i joventut mal pagada
5. Tolerància zero envers els maltractadors
6. El matrimoni com a contracte a llarg termini

1. Treball dels cònjuges i rols matrimonials tradicionals

Com influeix sobre l'estabilitat del matrimoni el que un marit assigni més hores a les feines tradicionals masculines? La resposta contraintuitiva de Steven L. NOCK y Margaret F. BRINIG (Capítol 10. *Divorce and the division of labor*, pp. 171 i ss., p. 180) és que, per cada hora diària addicional el risc de dissolució del matrimoni per divorci es redueix en un 2,4%. Per a més gran sorpresa del lector, els autors afegeixen que si els homes s'involucressin en activitats pròpies del rol femení, cada hora de més comporta un 1,3% d'increment de probabilitat de divorci. El lector escèptic trobarà al capítol citat la sòlida base estadística de les sorprenents afirmacions anteriors i, a més, una discussió la lectura de la qual l'ajudarà a veure per què, en el fons, no hi ha cap prodigi en tot això: els papers històricament masculins acostumen a ser més ben pagats i considerats que els femenins, però això no és tot: hi ha factors psicològics, relacionats amb la percepció de la justícia o injustícia de la perpetuació d'aquests rols, que ajuden a explicar la major o menor estabilitat matrimonial. El llibre editat per Anthony DNEs, de la Universitat de Herfortshire, i Robert ROWTOHRN, de la de Cambridge, que InDret recomana als seus lectors, recull dotze estudis d'un general magnífic nivell sobre el dret matrimonial, una de les matèries més fascinants per l'analista econòmic del dret civil i, també, una de les menys analitzades amb autèntic rigor pels polítics, els periodistes, els catedràtics de dret i els empresaris morals de les nostres latituds (v. en particular, Douglas W. ALLEN, *The impact of legal reforms on marriage and divorce*, capítol 11, pp. 191 i ss. I per Europa –tot i que sense Espanya- Ian SMITH, *European divorce laws, divorce rates, and their consequences*, capítol 12, pp. 212 i ss.).

2. Els bons senyals són sempre cars: el principi del handicap

Molts juristes i científics socials, enlluernats per l'*evolutionary theory*, recauen –recaiem?- en l'exemple del dispendiós plomatge de la cua del paó per explicar fenòmens humans tan complexes com el matrimoni: el paó proclama la qualitat de la seva dotació genètica a les femelles amb costoses i, en aparença, inútils exhibicions de la seva cua desmesurada. I és que, amb freqüència, els animals mostren la seva forma perfecta sotmetent-se a *handicaps* severs. En el cas del paó, es obvi que la seva incòmoda cua el sotmet a més pressió dels seus depredadors ("*Honest signals are costly*"). Ara bé, què te a veure l'utilatge biològic precís per l'èxit de l'aparellament dels paons amb el matrimoni dels éssers humans? Força: quan un dels membres de la nostra espècie ofereix casar-se o accepta l'oferta de matrimoni formulada per algú de l'altre sexe està senyalitzant que assumeix un compromís durador: el d'establir una comunitat de vida potencialment indefinida si no de per vida. I l'efectivitat del matrimoni com a senyal de compromís seriós, de vincle real que permeti i garanteixi la prestació sostinguda d'esforç en inversions específiques pel matrimoni mateix (fills, educació, afecte, cura, relacions personals, treball domèstic, etc.) i que fora d'ell tenen molt escàs valor per qui les realitza, tot això depèn de què el propi matrimoni sigui costós, de que suposi un sacrifici real en comparació amb la cohabitació pura i simple o amb la fugaç relació sexual d'un breu encontre (centrar l'atenció en les inversions específiques

matrimonials és crucial: en termes de benestar social són desitjables, ja que augmenten el valor conjunt de la relació per ambdues parts amb independència de quina sigui la distribució interna entre elles. En el capítol 8è (*Marriage as a signal*, p. 132 i ss.), ROWTHORN introdueix el lector a l'abc del contracte matrimonial i de la *signalling theory* aplicada al matrimoni. Aquest capítol, com gairebé tota la resta d'aquest llibre, crida l'atenció del liberalisme infantil, dominant des de fa quaranta anys, i conforme els dictats ideològics del qual el millor matrimoni és gairebé el que no existeix, el que no comporta vincles de gairebé cap tipus per gairebé ningú, és a dir, el que no deixa autonomia als contraents per predeterminar les conseqüències de l'incompliment del contracte matrimonial o –com va escriure Margaret BRINIG en un altre bon llibre recent d'anàlisi econòmica del dret de família- les de la violació del vot solemne d'establir una fidel i entregada comunitat de vida (*From Contract to Covenant, a Llibres recomanats de Law & Economics*, InDret 4/2002).

3. Vots i contractes: el covenant marriage

La idea del vot promesa solemne –formal, pública, comunitària- és a la literatura del dret matrimonial de l'última dècada des que, el 15 d'agost de 1997, Louisiana va iniciar una reacció a la legislació sobre divorci sense culpa (*no fault*: Califòrnia, 1970 i de seguida –es clar!- mig món) i va introduir el *covenant marriage*, un contracte matrimonial més dur que el tradicional i que els contraents poden pactar per, tal com abans assenyalàvem, mostrar amb claredat la rotunditat del seu compromís i permetre així la major i millor dedicació dels cònjuges a la família. La lectora interessada en més detalls sobre aquesta controvertida figura legal trobarà al capítol 6è una devota descripció de la institució (Katherine SHAW SPAHT, *Louisiana's covenant marriage law: recapturing the meaning of marriage for the sake of the children*, pp. 92) i –no és sobrer recalcar-ho- diverses anàlisis més distanciades en gairebé la totalitat de la resta dels capítols d'aquest apassionant llibre. El pèndol ha oscil·lat: després de quaranta anys de triomf de les *No-fault rules*, els analistes fan una pausa i comencen a posar en qüestió la bondat universal del principi de la ideologia de la irrellevància de la culpa quan aquest es vincula al de la irrenunciable prohibició legal d'assumir compromisos costosos. L'interès fonamental del llibre en aquesta matèria consisteix en que el rigor de l'anàlisi succeeix a la simplicitat de la crítica ideològica: el lector reticent no ha de patir, atès que no és davant de cap conspiració de neoconservadors en una creuada pels valors familiars.

4. Parelles de fet i joventut mal pagada

Anthony DNEŠ (capítol 7è, *Cohabitation and marriage*, pp. 118 i ss.) recorda a lectores i lectors que les parelles de fet reflecteixen amb claredat la voluntat d'assumir menors compromisos que els matrimonials –per més que molts polítics vegin aquesta via d'escapament com un motiu de preocupació més- però que l'anàlisi no ha d'aturar-se aquí: els guanys de les cohorts demogràfiques del jove britànic mitjà no han fet més que minvar en relació amb les dels homes més grans –les d'aquells que tenen 25 anys comparades amb les de, diguem,

qui compten 45 madurs anys d'edat-, de manera que no sembla pas que no sigui assenyat hipotitzar que els joves necessiten molt més temps que fa mig segle per arribar a la maduresa econòmica i que, per això mateix, són menys atractius com a marits potencials. Paral·lelament, una tendència inversa en les dones reforça el mateix fenomen: la participació femenina al mercat laboral no ha fet més que incrementar-se els últims cinquanta anys. Si ara assumim que la resta de factors subjacents a l'evident atracció dels homes per les dones i a la inversa han romàs constants, continua DNES, el consegüent increment de la incertesa d'un matrimoni prematur deixa un buit que la simple cohabitació prova de cobrir com a mínim en part. Com sembli d'assenyada aquesta conjectura és quelcom que els lectors d'aquest llibre podran concloure després de la lectura del breu capítol de referència.

5. Tolerància zero envers els maltractadors

L'onada favorable a la tolerància zero de gairebé tot el que detestem –per exemple, els abusos i maltractaments domèstics- reflexa la influència absoluta de la cultura nordamericana a les ideologies del naixent segle i, per descomptat i de manera molt intensa, en sectors molt caracteritzats de l'esquerra cultural europea que, amb massa freqüència, prova de definir els seus postulats per oposició a qualsevol cosa importada de Nordamèrica. Per això, sotmetre les mil i una propostes locals de tolerància zero a l'àcid de l'anàlisi es troba a l'agenda d'InDret des de la seva fundació. Però si el lector espera ara una crítica a aquesta doctrina en seu de dret matrimonial i de família, InDret lamentarà defraudar-lo dintre d'un segon: una de les més clares manifestacions de la tolerància zero en política legislativa sobre violència domèstica és la proposta de descartar tota rellevància del perdó de la part ofesa o de la renúncia de la víctima a continuar en l'exercici de l'acció. L'exclusió de la possibilitat de la renúncia i del perdó de l'ofès, però, té sentit si es presta atenció al fet que la seva admissió restaria credibilitat al compromís (*precommitment*, una de les estratègies més poderoses a l'abast d'un o d'ambdós jugadors que proven d'arribar a un acord): *ex ante*, la víctima potencial es beneficia de l'existència de la prohibició, atès que l'amenaça del càstig sobre el maltractador potencial esdevé creïble i aquest es guarda molt de caure en l'obscura temptació de la violència domèstica. Tot això, es clar, subjecte a condicions que els lectors d'aquest llibre podran analitzar amb algun detall en el capítol sobre l'adulteri escrit per Eric RASMUSEN, un dels treballs més il·luminants de l'obra (capítol 5è, *An economic approach to adultery law*, pp. 70 i ss., p. 79) i en el que l'autor no es limita a aquest objecte específic sinó que ofereix un marc senzill però rigorós per a l'anàlisi dels torts en la vida matrimonial o familiar.

6. El matrimoni com a contracte a llarg termini

El matrimoni no només és un contracte, però també ho és i, més precisament, és un contracte de durada indefinida, potencialment, per a tota la vida i, de fet, la major part dels contraents així ho creuen quan decideixen casar-se. Lloyd COHEN (capítol 2n, *Marriage: the*

long term contract, pp. 10 i ss.), en un altre dels treballs analíticament més sòlids del llibre, assumeix el repte de defensar el marc contractual en el matrimoni en el ben entès que ningú nega avui l'especificitat de la institució matrimonial ni, en particular, la idea que la internalització del compromís matrimonial és absolutament bàsica per entendre la figura - "*In marriage more than in any other contract, the spirit counts*" (p. 10)-: el contracte matrimonial es caracteritza perquè una part molt important de les inversions matrimonials són específiques del matrimoni mateix i perquè l'esforç prestat en la seva realització no pot ser objecte de coerció legal -Com es podrien executar forçosament els deures que conformen el contingut essencial del contracte matrimonial sense desnaturalitzar-los de manera absoluta?-. Després de mostrar la influència creixent de la teoria evolucionària en l'explicació de les asimetries ineliminables entre homes i dones, COHEN es centra en el problema bàsic derivat de l'especificitat del matrimoni: els cònjuges, però, sobretot, el marit estan creixentment temptats a incomplir el seu compromís i a apropiarse de les quasirendes de l'altra part en el matrimoni, es a dir, de beneficis de la relació que tenen utilitat només en el marc de la relació mateixa. El problema de l'apropiació de les quasirendes ha trobat a la història de la legislació matrimonial multiplicitat de tractaments, però és mèrit de COHEN haver dut a terme una senzilla presentació que els redueix a quatre: repudi sense compensació; divorci per mutu consentiment; matrimoni indissoluble i divorci controlat i regulat per un tribunal judicial (pp. 30 i ss.).

El repudi -divorci unilateral sense compensació - es l'equivalent de la denúncia *ad nutum* dels contractes de durada indefinida del dret patrimonial. Però el mateix fet, escriu COHEN, de que ni tan sols el dret mercantil vegi amb favor aquest tipus de figures mostra que alguna cosa va malament en elles. I es que, el risc d'oportunisme o d'error en un contracte de durada indefinida és massa gran com per permetre la libèrrima denúncia del contracte. El matrimoni, contracte en el qual les inversions específiques a la pròpia relació juguen un paper fonamental, no poden recórrer en l'absolut un semblant camí legal si no és en una cultura en la qual el paper d'un dels cònjuges, l'objecte del repudi, no hagi de ser gaire diferent al d'un semovent propietat de l'altre.

La regla del divorci per mutu consentiment sembla preferible al repudi i per descomptat que ho és (en aquest mateix llibre es defensada amb càlid entusiasme per Allen M. PARKMAN, *Mutual consent divorce*, capítol 4t, pp. 57 i ss.), però no és ideal. Com assenyala COHEN, cap tribunal pot obligar a complir els deures matrimonials sense alterar la seva naturalesa i, al capdavall, l'incomplidor sempre pot empitjorar les coses pel procediment d'assetjar per la fam el cònjuge que li denega el divorci i fer-li la vida literalment impossible fins que aconsegueixi vèncer la seva resistència.

El vell i bon matrimoni indissoluble, la tercera família de regles que resumeix COHEN, és una solució aparentment atractiva, però, a la pràctica actual, resulta, a un temps, excessiva i insuficient: el primer, perquè nega la possibilitat d'incompliments eficients del contracte matrimonial o, en el límit, de clars estats de necessitat. El segon perquè, en un món com l'euroamericà de la nostra cultura, en el qual la separació de fet no comporta pràcticament sancions morals o socials de cap tipus, a l'incomplidor li queden les sortides del repudi de

fet o de la bigàmia també de fet sense necessitat de donar explicacions a ningú i sense conseqüències perjudicials per a ell.

Queda aleshores l'alternativa real dels nostres sistemes legals: el divorci controlat –i regulat en les seves conseqüències patrimonials i personals- per un tribunal. Aquest determina la divisió de la propietat i el contingut dels deures i drets de cadascun dels excònjuges, o, si es vol, dels cònjuges divorciats. El problema de fons d'aquesta solució acostuma a consistir en que al jutge, amb massa freqüència, li manca la informació necessària per adoptar una solució correcta i, tot i suposant que en disposi, la naturalesa essencialment voluntària del compliment dels deures matrimonials i la destrucció de les quasirendes de la relació per l'incomplidor deixarien la part innocent sense prou remeis. Al final, escriu COHEN (p. 33), poc es pot fer per tal de buscar arranjaments raonables si no es compta amb un sistema de normes morals i socials sobre les que descansa la institució matrimonial.

El capítol 3r i següent, escrit per Elizabeth A. SCOTT (*Marital Commitment and the legal regulation of divorce*) continua, sense desmerèixer-lo per un instant, la línia marcada pel treball de COHEN: SCOTT resumeix en breus però encertades pàgines el concepte de matrimoni com a senyal, com a compromís irrevocable i com a contracte que emmarquen avui la millor tradició analítica en matèria de dret de família. Ambdós autors encarnen l'esperit de l'obra i potser també el *Zeitgeist*: per bé o per mal, ja no estem immersos en un univers liberal, en l'estret marc cultural del liberalisme ingenu en el qual les institucions existirien només per servir a la gratificació immediata dels individus. Per contra, el motiu central reiterat per gairebé tots els autors del llibre és el seu al·legat recurrent en favor de la recuperació del matrimoni com a compromís, la defensa de la llibertat dels contraents per a comprometre's de manera duradora en benefici d'ells mateixos i dels seus fills.

Els lectors trobaran als capítols citats i en els restants d'aquest llibre una guia actual i útil per tal d'avaluar la bondat de les regles legals i de les resolucions jurisprudencials que configuren el nostre dret matrimonial (v. per exemple l'acurada bibliografia comentada que presenta Martin ZELDER al capítol 9è, *For better or for worse? Is bargaining in marriage and divorce efficient?*, pp. 157 i ss.). Una vegada més, es mostra com el millor dret descansa en el bo i millor de les ciències socials. Encara queda, però, molta feina a fer. En això estem.