

**Análisis económico del derecho de familia: una breve mirada al  
derecho de familia como una forma de promover la estabilidad del  
matrimonio**

**Rodrigo Barcia**

---

El autor es licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Central de Chile. MBA Economía y Dirección Internacional de la Empresa, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid; European Master in Law and Economics, Complutense und Hamburg Universität; Doctor Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. Profesor Jornada Completa de la Facultad de Derecho de Universidad Finis Terrae y part-time del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Central.

---

# ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE FAMILIA: UNA BREVE MIRADA AL DERECHO DE FAMILIA COMO UNA FORMA DE PROMOVER LA ESTABILIDAD DEL MATRIMONIO<sup>1-2</sup>

*“Si me caso con mi empleada, el PIB disminuye...”*

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo no es un estudio científico del Derecho de Familia a la luz del Análisis Económico del Derecho [en adelante AED], sino más bien una forma de introducción a esta importante herramienta de análisis del Derecho (que configura una aproximación normativa de la economía al Derecho) e incluso de solución de conflictos (lo que conlleva una forma de aproximación positiva de la economía al Derecho). Sin perjuicio de lo anterior, dada los avances del AED, sobre todo en la última década, a lo menos en algunos países europeos y del “*Common law*”, más bien cabe integrar el AED dentro del derecho.

---

<sup>1</sup> El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

### 2° ABREVIATURAS:

AED = Análisis Económico del Derecho

CNUDN = Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

LF = Ley de Filiación

LMC = Ley de Matrimonio Civil

AED = Análisis Económico del Derecho

CNUDN = Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

LF = Ley de Filiación

LMC = Ley de Matrimonio Civil

## 1. Planteamiento del AED en torno al derecho de familia

A estas alturas del partido a nadie debería sorprenderle demasiado los intentos de los economistas por explicar normativamente el derecho de familia e incluso la resolución de conflictos de derecho a través del razonamiento económico (aproximación positiva de la economía al derecho).

Esta aproximación de la economía al derecho se ha acelerado desde los primeros trabajos sobre economía y derecho, como las investigaciones de Becker (*A treatise on the Family*, 1987), premio nobel de economía, o del ahora “*Chief Judge, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*”, Richard Posner, que datan de los años ochenta, o dentro de nuestro ámbito, de Cabrillo (Matrimonio, Familia y Economía).

A modo de introducción podemos agregar que el análisis económico es una poderosa herramienta para poder **predecir el resultado de políticas públicas, que parecen bien intencionadas, pero que generan un efecto adverso al que se quiere**. Así por ejemplo nos podemos preguntar: ¿cómo se explica modernamente el comportamiento de los padres respecto a los hijos? Como nos señala Cabrillo, la respuesta es simple y también sorprendente: para los economistas, nuestros hijos son bienes de consumo<sup>3</sup>. De esta forma, unos padres podrían preferir comprarse una casa en la playa, un auto o tener un hijo y, aunque los hijos no son cosas y están en un nivel muy superior a ellas, los padres se representan a los hijos como un “gasto”, y ello aunque éticamente nos parezca descabellado, no podemos negar que la mayoría de los padres antes de pensar en tener hijos se ha representado los gastos del parto, salud, educación, alimentación, etc. De este modo, los hijos a lo menos en el mediano y corto plazo, son una fuente inagotable de gastos. Por tanto, en la actualidad, tenemos hijos porque los queremos y buscamos darles las mejores oportunidades, el mejor colegio, la mejor universidad, las mejores vacaciones, etc. Pero no siempre fue así, hace no poco tiempo, el tener muchos hijos era una estrategia de sobrevivencia de la familia, se tenían hijos porque ellos nos aseguraban un cierto nivel de ingreso al corto plazo. Las personas vivían menos e ingresaban rápidamente al trabajo, y los hijos ayudaban a sostener la familia. Esta importante diferenciación tiene consecuencias en la evaluación de las políticas públicas; permítanme señalarles dos ejemplos. Pensemos en las consecuencias – efectos ex–ante de las políticas públicas– de unos subsidios estatales a las madres más pobres. De acuerdo a la teoría económica en la medida que subsidiemos a familias pobres por hijo, crearemos un estímulo para tener más niños. Trataré de

---

<sup>3</sup> CABRILLO, Francisco, *Matrimonio, Familia y Economía*, Minerva Ediciones, 1996, Madrid, pp. 147 - 154.

explicar lo anterior de una forma más clara. Imaginemos que el gobierno otorga un subsidio de \$ 40.000 mensuales por hijo a madres solteras que no tienen una fuente estable de ingreso. Supongamos que antes del subsidio las madres tenían tres hijos como promedio, ¿qué incentivo cree usted que generará esta política en la decisión de tener hijos de las madres más pobres? Pues bien, si ellas ven a sus hijos como bienes de producción, es decir, su subsistencia depende de la cantidad de hijos, seguramente aumentará la cantidad de hijos y al cabo de un tiempo una bien intencionada política pública en lugar de disminuir la pobreza la aumentará. El AED nos permite precaver este tipo de consecuencias no deseadas de las políticas públicas y discutir qué política podemos adoptar que no genere estas consecuencias negativas, como podría ser por ejemplo establecer un subsidio de \$ 80.000 al primer hijo y ninguno para los restantes. Por otra parte, ¿qué sucede si los padres ven a los hijos como bienes de consumo?, y queremos dar el subsidio, esta vez, como una política de aumento de la natalidad. Si otorgamos un subsidio para demandar bienes de consumo, seguramente aumentará la cantidad demandada, pero ¿ocurre lo mismo respecto de la cantidad de hijos? La respuesta dependerá de la utilidad marginal que le prestemos a tener más hijos. El placer que ello nos reporta se reduce con los costos que ello significa, principalmente económicos, pero también respecto a nuestras perspectivas futuras. Por ello sólo un subsidio significativo puede generar un incentivo a tener más hijos. En este sentido, las políticas que se adoptan para fomentar la natalidad aumentarán la pobreza por cuanto incentivará la cantidad de hijos sólo respecto de los padres que vean a sus hijos “como bienes de consumo”.

## **2. Una buena justificación de la intervención del Estado a través del derecho de familia en el matrimonio: la estabilidad del matrimonio**

Una sociedad que promueve unas adecuadas relaciones de familia genera externalidades que aumentan el bienestar social. Ello es fácilmente perceptible desde que unas buenas relaciones familiares permiten obtener un mejor nivel educacional de los hijos, y logran su desarrollo como personas. El que los hijos tengan un padre y una madre que se ocupe de ellos, en definitiva conlleva a un fuerte desarrollo social. También, desde la perspectiva del AED, nos podemos preguntar: ¿cuáles son los incentivos normativos, que promueve nuestro ordenamiento jurídico, en las relaciones de familia? <sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Las posibilidades que las normas jurídicas promuevan la estabilidad del matrimonio, ya sea “de *lege ferenda*” o a través de una sentencia judicial, dependerá de un adecuado diagnóstico del comportamiento de la familia que depende de varios factores. En este sentido, PAPPS analiza la familia como unidad productiva, de ventajas tangibles e intangibles para sus integrantes; como empresa que genera economías de escala y división del trabajo. Estos aspectos deberían ser esenciales en la elaboración de cualquier política pública que afecte a la familia.

Analicemos bajo esta perspectiva el derecho sucesorio; si los padres no pueden disponer de sus bienes, con relación a los denominados legitimarios, se crea un incentivo a que las personas violen la prohibición en la medida que tengan una mala relación con ellos. Este incentivo era más evidente antes que se admitiera en Chile el divorcio desvincular, pero aún lo es en la actualidad. Igual incentivo se crea mediante el impuesto a la herencia, que al ser considerablemente alto, lleva a que los ascendientes prefieran disponer de sus bienes en vida, a través de ventas simuladas para los efectos de evadir el pago de impuestos, y llevarnos a afirmar como lo hacía el profesor Andreas WACKE que “[q]uien da lo suyo antes de su muerte, merece que le den con un mazo en la frente...”<sup>5</sup>. Por otra parte, la asignación del cuidado de los hijos a uno de los padres –usualmente la madre–, que con el tiempo es la que tiene menos incentivos a romper el vínculo, crea un aliciente para que el padre no se divorcie. El incentivo no es menor, es la pérdida de los hijos. Pero, como este puede ser un incentivo maligno, en otras culturas se recurre al “*bride price*” (precio de la novia) por la cual el esposo incorpora una suma de bienes a su propio patrimonio –a través de una negociación con la familia de la novia–, que pasa a la familia de la novia en la medida que el vínculo matrimonial se rompa<sup>6</sup>.

¿Cómo nos puede ayudar el AED a entender los fenómenos que se producen en la familia?

La economía, la sociología, la antropología y la psicología son fundamentales para entender cómo funciona la familia. Así las estrategias reproductivas diferentes entre hombres y mujeres, que pueden influir en el comportamiento de hombres y mujeres en el matrimonio, es algo a tomar con consideración por el regulador.

El AED es una importante herramienta al momento de regular, modificar e interpretar el derecho de familia. Por ejemplo, el AED nos anticipó que la actual

---

PAPPS, Ivy, “Análisis Económico del Matrimonio y la Fertilidad” en *Lecturas de Economía Política*, CABRILLO, Francisco, Minerva Ediciones, Madrid, España, pp. 58 - 61.

<sup>5</sup> El Profesor de Derecho romano de Colonia se refiere a este antiguo proverbio jurídico que se propagó por Europa, y tiene data conocida desde el siglo XIII.

WACKE, Andreas, *Quien da lo suyo antes de su muerte, merece que le den con un mazo en la frente: Sobre la protección jurídica conferida al donante por su empobrecimiento en Derecho Comparado en Estudios de Derecho Romano y moderno en Cuatro Idiomas*, Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez”, Madrid, España, 1996, p. 493.

<sup>6</sup> En realidad COHEN considera, conforme a esta hipótesis, a “los hijos rehenes” (“children as hostages”). En todo caso, el autor entiende que esta función de los hijos en el matrimonio puede debilitarse en la medida que no haya hijos o que ellos ya sean adultos.

COHEN, L, “Marriage, Divorce and Quasi Rents; or “I Gave Him the Best Years of my Life”, *Journal of Legal Studies*, XVI, pp. 291-292.

regulación de la adopción reduciría drásticamente las adopciones internacionales. El hacer que la adopción internacional sea más cara, al hacer los procedimientos más lentos y burocráticos y exigir tiempos de matrimonio o convivencia, no atienden al tan manoseado interés superior del niño. Y ello es natural por cuanto desincentiva a los adoptantes y produce una disminución importante en las tasas de adopción<sup>7</sup>. En este sentido, habría sido preferible facilitar los procesos de adopción, estableciendo rigurosos mecanismos posteriores de control de adopción internacional en los países ricos. También es posible entender la compensación económica, conforme al AED, como un mecanismo a través del cual se promueven contratos de asignación del trabajo al interior de la familia. De este modo, *ex ante* un cónyuge descansará en el ordenamiento jurídico, que le asegura que si se dedica a apoyar el éxito profesional del otro cónyuge o al hogar común, es decir, al cuidado de los hijos, posteriormente a la ruptura será compensado por ello. Estos incentivos no son menores, caen dentro del inconsciente de las personas y son rápidamente asimilados. De este modo, la mayoría de las mujeres –que son en la generalidad de los casos el cónyuge débil– saben que si se dedican al hogar común y la relación se rompe podrán acceder a una compensación económica, relacionada con lo aportado al matrimonio, de haber sido el marido exitoso. Ello las llevará a adoptar conductas cooperativas con relación a la división del trabajo. La ejecutabilidad que provee el ordenamiento jurídico a estos contratos implícitos, es socialmente positiva, por cuanto el cuidado del padre que se queda en casa, generará un evidente bienestar social<sup>8</sup>. Estos niños estarán sanos y seguros, y recibirán mejores estímulos, que si quedan a cargo de una empleada o al cuidado de un pariente. De esta forma, estos acuerdos implícitos generan externalidades positivas, lo que justifica la compensación. En igual sentido, esta regulación va en la dirección correcta por cuanto reconoce que el trabajo en el hogar “genera riqueza”.

<sup>7</sup> La Ley N° 19.620, que regula la adopción en Chile, es un fiel reflejo de esta tendencia. Esta ley respondió a la necesidad de adoptar la legislación nacional a los convenios internacionales suscritos por Chile, en especial en torno a la CNUDN, y a compatibilizar la normativa sobre adopción con la LF, que fue la modificación más importante que se implementó, en materia de filiación, a fines del siglo pasado. Así, la Ley N° 19.620, recogiendo los estándares internacionales, elevó las exigencias de la adopción internacional, incorporando una engorrosa declaración de susceptibilidad, lo que en definitiva ha redundado en procesos de adopción extendidos en el tiempo.

<sup>8</sup> PAPPs sugiere la evidencia contraria. El divorcio surgiría como una consecuencia de las expectativas rotas del matrimonio y al que se da lugar sólo en la medida que los beneficios del divorcio son mayores que los beneficios de mantenerse casado. Y en sentido la compensación económica puede considerarse como un incentivo al divorcio ya que aumenta la rentabilidad de la ruptura para el cónyuge débil, pero ello es sólo aparente desde que el otro cónyuge, previniendo el escenario, puede hacer que las expectativas del otro cónyuge dentro del matrimonio sean efectivas. En este sentido, la compensación económica es un mecanismo que permite, de una forma implícita, que las partes negocien constantemente el cumplimiento de sus expectativas matrimoniales. PAPPs, Ivy, “Análisis Económico del Matrimonio y la Fertilidad” en *Lecturas de Economía Política*, CABRILLO, Francisco, Minerva Ediciones, Madrid, España, p. 75.

### 3. El AED como estrategia para evitar la discriminación de la mujer.

Ahondando un poco más en el fenómeno de la familia podemos señalar que desde un prisma meramente económico la familia moderna se ve fuertemente influida por dos factores, desde la incorporación de la mujer al mundo laboral: el reparto del trabajo y las rentas de los cónyuges. Lo primero que veremos es que estos aspectos están relacionados. Si en una sociedad como la nuestra se recompensa con mayores ingresos el trabajo masculino que el femenino, no será ningún secreto para nosotros el predecir cuál será la estrategia dominante de división del trabajo en la familia<sup>9</sup>. De este modo, en el evento que ambos padres se dediquen a trabajar fuera del hogar, a igual nivel de formación, como la madre ganará menos que el padre, la conducta de la familia, como maximizadora de recursos, salta a la vista: la mujer se quedará cuidando los hijos y el marido saldrá a trabajar fuera del hogar. Pero, si el marido puede actuar como “*free-rider*”, de producirse la ruptura respecto de las ganancias que reporte esta estrategia, entonces, la madre preferirá incorporarse lo antes posible al mercado laboral. Este es el sustento más importante de la compensación económica desde el AED, es decir, la compensación económica le da la tranquilidad al padre que se quede al cuidado de los hijos, que tendrá derecho a los beneficios del trabajo del otro cónyuge fuera del hogar. Pero además este fenómeno tiene un importante componente antropológico o sociológico, **la mujer, en un mundo en que debe ser exitosa en la casa y fuera de ella se nos transformará en una super-madre y esposa o en una persona sobre exigida y ello puede ser una de las explicaciones del divorcio**<sup>10</sup>. Por otra parte, si las madres deciden tener a sus hijos sin ayuda de sus parejas, y continuar trabajando, tenderán a quedarse solas. No he visto cifras al respecto, pero me parece que éste es un escenario bastante plausible. La división del trabajo en el seno de la familia y la influencia del tiempo en la decisión sobre

<sup>9</sup> Como nos señala PAPPS “[I]os beneficios a obtener de la especialización de uno de los esposos en trabajo remunerado por el mercado y del otro en la producción doméstica serán, por ejemplo, mayores cuanto mayor sea la diferencia entre los sueldos que ambos esposos podrían obtener en el mercado”. Por otra parte la autora agrega que conforme a la teoría de la ventaja comparativa a igualdad de remuneración, pero distinta ventaja competitiva de la mujer en el trabajo doméstico, hará que la familia opte por el trabajo doméstico de la mujer.

PAPPS, Ivy, “Análisis Económico del Matrimonio y la Fertilidad” en *Lecturas de Economía Política*, CABRILLO, Francisco, Minerva Ediciones, Madrid, España, pp. 63, 70 - 71.

<sup>10</sup> Los estudios de BECKER en este sentido son clarificadores cuando nos señalan que “[t]he earnings of women are adversely affected by household responsibilities even when they want to participate in the labor force as many hours as men, because they become tired, must stay home to tend to sick children or other emergencies, and are less able to work odd hours or take jobs requiring much travel”.

BECKER, Gary, *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, 1993, p. 64.

la cantidad de hijos, que deciden tener los padres, son materias de las que se ha ocupado tradicionalmente el AED.

Como señala Cabrillo, las tesis biológicas explican las desventajas de las mujeres en el mundo laboral, que provienen de que sean ellas quienes dan a luz a los hijos y a su especialización en los trabajos del hogar. De este modo, se explica cómo una pequeña diferencia de especialización, en el derecho histórico, ha dado origen a una gran diferencia en el mundo del trabajo. Pero, este modelo ha sido insuficiente para explicar por qué los hombres con baja productividad no se han dedicado al hogar y por qué no se casan con mujeres de ingresos más elevados, que los mantengan. Las tesis que explican la diferencia en el trabajo por una supuesta superioridad masculina han sido desechadas, ante la evidencia que las mujeres pueden desempeñar exitosamente todos los trabajos que han tenido históricamente los hombres. Dos creo que son los factores decisivos que nos han conducido hacia la igualdad de sexos, el ingreso de la mujer al mundo laboral, marca un punto sin retorno hacia ella, y la creciente influencia de los Derechos Fundamentales a raíz de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo en Europa. Una de las formas en que las sociedades modernas tratan de lograr la igualdad de sexos es a través de la adopción de políticas de discriminación positiva, por la cual hombres mejor dotados (laboralmente) deben ser desplazados por mujeres con menos capacidades laborales con miras a un futuro equilibrio entre sexos. Este tema es fascinante y ha dado lugar a una literatura económica de la más variada índole, que va desde el pensamiento liberal hasta neo-marxista, pasando por el feminista (que va desde el feminismo moderado hasta el más radical). Desde un prisma netamente económico podemos preguntarnos: **¿cómo vamos a fomentar que la mujer aumente su productividad y participación en el mundo laboral, si ella, a la vez, por imposiciones sociales y culturales, se sigue dedicando después del trabajo al cuidado del marido y los hijos?** Si nada se hace el resultado es evidente: el divorcio. Al respecto se puede trabajar en varios ámbitos: el aumento de las rentas de las mujeres para igualar las condiciones laborales a través de políticas de discriminación positiva, la reducción del trabajo doméstico de la mujer y el aumento del tiempo y aptitudes para el trabajo doméstico de los hombres.

Cabrillo nos señala que un aumento de renta en la remuneración de las mujeres puede llevar al desarrollo de la tecnología en el hogar<sup>11</sup>. El aumento de la tecnología

<sup>11</sup> Cabrillo, Francisco, Matrimonio, Familia y Economía, Minerva Ediciones, 1996, Madrid, pp. 74-77.

I Papps nos señala a este respecto que “[a]unque los componentes de la producción doméstica no son los mismos en diferentes lugares y distintos momentos del tiempo, lo importante es que existen

en el hogar es un incentivo al trabajo femenino fuera de él; por cuanto el trabajo de la mujer en el hogar es sustituido por la tecnología doméstica. Sin embargo, la reducción del trabajo en el hogar ha traído aparejada la reducción del número de hijos. Así las cosas, en Chile como en la mayoría de los países, la igualdad de sexos trae como consecuencia algunos efectos no deseados, como son la disminución del número de hijos. Al respecto se puede trabajar aumentando la red de ayuda social para que las madres trabajen fuera del hogar (lo que se traduce básicamente en seguridad y en un eventual aumento en el número de hijos<sup>12</sup>).

#### 4. La ruptura del matrimonio y el AED: el divorcio

No es del caso replicar la discusión de si el matrimonio es un contrato o una institución<sup>13</sup>. Pero aclaremos algunos aspectos con relación a ello. El matrimonio

---

bienes y servicios sustitutivos de dicha producción. Aquéllos pueden ser más o menos perfectos y pueden obtenerse en el mercado o puede proporcionarlos el Estado”; y agrega como ejemplos los seguros, los restaurantes, cines, cafeterías, jardines infantiles y lavanderías.

Papps, Ivy, “Análisis Económico del Matrimonio y la Fertilidad” en *Lecturas de Economía Política*, Cabrillo, Francisco, Minerva Ediciones, Madrid, España, pp. 60-61.

<sup>12</sup> Cabrillo agrega que una influencia importante en la división del trabajo puede lograrse a través de incentivos fiscales. El impuesto sobre la renta influye fuertemente sobre la oferta de trabajo, ya que el efecto renta y sustitución en este caso producen efectos inversos. Por el efecto sustitución el coste de oportunidad se hace menor, ya que parte de él se lo apropia el Estado por lo que convendrá dedicarse al ocio en lugar de enterar dinero al Fisco a través del trabajo. Pero el efecto renta, que es opuesto al anterior, genera una sensación de pobreza que nos conduce a trabajar más. La pregunta que acá se hacen los economistas es si se mantiene el mismo efecto entre los hombres y las mujeres, y la respuesta es clara: en el trabajo de las mujeres, al ser éste complementario al del marido, se comporta conforme al efecto sustitución, es decir, el impuesto sobre el trabajo femenino desincentiva el trabajo de la mujer fuera del hogar (en la medida que esté casada) en un rango superior al del hombre. Esto se ve fuertemente influenciado en la medida que el impuesto a la renta sea progresivo, lo que será decisivo en torno al trabajo de la mujer.

Cabrillo, Francisco, *Matrimonio, Familia y Economía*, Minerva Ediciones, 1996, Madrid, pp. 84 - 85.

<sup>13</sup> Nuestro Código Civil define al matrimonio como un contrato, aunque una parte importante de la doctrina chilena entiende que es una institución. En apoyo de esta posición se puede señalar que la autonomía privada está ostensiblemente restringida en el matrimonio, aunque en la actualidad –después de la promulgación de la nueva LMC–, los cónyuges pueden poner término al matrimonio por común acuerdo, sin expresión de causa a través de la figura del convenio regulador y que puede regir tanto los efectos de la separación judicial, como los del divorcio.

Entre los autores que han criticado de forma más enérgica la concepción patrimonialista del matrimonio, están Carbonnier, Ruggiero y Cicu. Sin perjuicio de estas posiciones, el consentimiento es fundamental en la celebración del matrimonio y lo afecta en los siguientes sentidos:

- (i) El divorcio bilateral o de común acuerdo está suficientemente extendido en el derecho comparado.
- (ii) El consentimiento tiene, en el derecho moderno, cada vez mayor importancia, sobre todo

presenta rasgos contractuales en su forma de constitución, pero no en cuanto a sus efectos. De este modo, no se pueden aplicar los efectos de las obligaciones al incumplimiento de los deberes conyugales. En este sentido, tanto el derecho clásico como el moderno han reconocido con distintos grados de profundidad la imposibilidad del derecho de “intervenir eficazmente” en las relaciones conyugales. En el derecho tradicional, a diferencia del moderno, se buscaba un efecto moralizador o educador, si se quiere, del derecho, aspecto que el derecho moderno refuta por atentar contra los derechos Fundamentales. Ello explica que el derecho moderno deseché las formas de divorcio culposo ante su imposibilidad de determinar “*per se*” cuál cónyuge es culpable y cuál es inocente. No es que el derecho en realidad no pueda, con ciertas pruebas, determinar si un cónyuge por ejemplo fue infiel,

---

en lo que dice relación con la regulación de los efectos del matrimonio. Así, en la mayoría de los países europeos y ahora en el nuestro, las partes pueden regular el divorcio a través del convenio regulador, se permite una mayor libertad en la determinación de los regímenes patrimoniales del matrimonio, se pueden celebrar acuerdos sobre la patria potestad y autoridad de los padres, etcétera.

Lo anterior no quiere decir que el matrimonio sea un contrato, como cualquier otro. Sin embargo, existe una tendencia a evitar una excesiva intervención estatal en las relaciones de familia, salvo que el aparato público deba intervenir para la protección de la familia, es decir, del cónyuge débil o de los hijos.

Finalmente, cabe destacar que el matrimonio nace como contrato pero una vez celebrado, conforme a la legislación vigente, pasa a configurar un estatuto jurídico especial, que se separa de la lógica del derecho patrimonial y del derecho contractual.

De La Maza nos señala que la doctrina chilena ha alcanzado un cierto consenso al respecto al entender que el matrimonio es una institución. Y, además, agrega que a pesar que se reconoce ampliamente el carácter contractual del matrimonio es indudable la diferenciación con el derecho de los contratos, aun desde su perspectiva constitutiva –que es la más cercana a la teoría del contrato–. Ello es evidente si se analiza el matrimonio bajo el prisma de los vicios del consentimiento o de la capacidad de ejercicio.

De La Maza Gazmuri, Iñigo, “El Error en las Cualidades Personales del otro Contrayente en la Ley 19.947” en Revista Ius et Praxis, 2005, vol. 11, n. 1, pp. 25 - 28.

También es destacable que una parte importante de la doctrina moderna ha entendido que esta relación jurídica, que nace del consentimiento libre de los contrayentes, está configurada por una serie de normas, principios y axiomas que dan lugar a un estatuto jurídico especial. Es este bloque normativo o estatuto jurídico, si se quiere, el que da origen al derecho matrimonial.

Finalmente, qué duda cabe que el matrimonio es un contrato atípico por cuanto no permite a las partes regular sus efectos, los cuales están establecidos en la ley. Por otra parte, las reglas de ejecutabilidad del matrimonio son totalmente diferentes a las de los contratos. Este rasgo del matrimonio es el más destacado por el AED. En este sentido, Cohen aclara que “[t]he failure of the parties to specify and articulate the terms of the agreement may make marriage seem less like a contract. While the parties undertake what seems to be a substantial commitment to one another, usually they make no agreement specifying the duties and rights of each party. This lack of explicit detail, in light of the importance of the agreement, makes it difficult to identify a contract. In this respect, however, a marriage contract is similar to, and extension of, an employment contract”.

Cohen, L, “Marriage, Divorce and Quasi Rents; or I Gave Him the Best Years of my Life” en Journal of Legal Studies, XVI, p. 273.

pero está claro que no puede determinar los motivos de la infidelidad, como por ejemplo si el otro cónyuge lo despreciaba intelectualmente o tenían una relación que era insostenible. De este modo, el derecho se muestra como una herramienta rudimentaria para poder desentrañar los problemas que conducen a la ruptura de un matrimonio y posterior calificación de culpabilidad de uno de los cónyuges; pero para empezar podemos preguntarnos<sup>14</sup>: **¿qué incentivos sociales crea el derecho de familia concebido en estos términos?** Trataremos de contestar esta pregunta, centrándonos en el AED<sup>15</sup>.

El divorcio para el AED es el incumplimiento de una promesa. El matrimonio es una inversión, mientras más tiempo dure, más caro se hace salir de él. Así, los costes de la ruptura son mayores en la medida que el matrimonio dure más años. Los costes de volver a relacionarse con otros hombres o mujeres, que genera la ruptura de un matrimonio de larga data, son más altos. El panorama del divorcio para un matrimonio de larga data puede ser aterrador, la información que se posee en torno a nuevas eventuales parejas es menor, las personas están envejecidas, deben decidir cómo se reparten los hijos, los bienes acumulados, incluso los amigos. Analizado el fenómeno de la ruptura desde la información ocurre algo similar. El matrimonio es un contrato de largo aliento y en dichos contratos las expectativas de las partes deben cumplirse en todo momento. Así, en la medida que las expectativas que los cónyuges tienen respecto del matrimonio no se van cumpliendo el divorcio está a la vuelta de la esquina. De este modo, uno de los factores que llevan a la ruptura es la falta de información respecto de la personalidad y expectativas del otro cónyuge. La información que tenemos sobre nuestras parejas y, sobre todo, de sus vicios ocultos son fundamentales en torno a la estabilidad del matrimonio<sup>16</sup>. Todo esto

<sup>14</sup> La tendencia del Derecho comparado en materia de divorcio es a favor de lo que se ha denominado, de una forma un tanto irreflexiva como “divorcio express”. En este sentido se desechan los plazos de separación de cuerpos, no se hace diferencia entre el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio culpable o definitivamente se desecha el divorcio culposo. Así, por ejemplo, en España sólo se acepta el divorcio remedio, desechándose desde el año 2005 el divorcio culposo. En Francia la reforma de 1975 acogió el divorcio unilateral —como ruptura de la vida en común—, que sólo exigía seis años de separación. Con anterioridad sólo se aceptaba el divorcio-sanción por causales como adulterio, condena privativa de libertad, sevicia e injurias graves. Pero las reformas francesas del 2001 y 2005 desincentivan el divorcio unilateral culposo. En todo caso esta es la tendencia general en Alemania, Holanda y Suecia, etc. Ello se debe a que este divorcio atenta contra el principio de la intervención mínima del Estado en la familia y promueve una intervención del Estado, que tiene consecuencias negativas en la familia.

<sup>15</sup> S Grossbard-Shechtman señala alrededor de veinticuatro hipótesis que le dan estabilidad al matrimonio (las que en el fondo aumentan los costos del divorcio). Grossbard-Shechtman, Shoshana, *On the Economics of Marriage*, Boulder: Westview Press, 1993, pp. 60 - 74.

<sup>16</sup> A este respecto Papps señala que “...los esposos presentarán una selección positiva “en cuan-

explica que, en la mayoría de los países, el rango más alto de rupturas se genere en los primeros años de matrimonio.

La ruptura, conforme a esta lógica, se generará en caso de que los beneficios esperados del matrimonio son menores que los beneficios de la ruptura. De este modo, los gastos en información previos al matrimonio son esenciales en torno a su mantención o ruptura posterior. Un adecuado proceso de búsqueda de la pareja correcta puede ser costoso, pero es muy rentable en el largo plazo<sup>17</sup>. De esta forma la sociedad debería preocuparse de incentivar la obtención de esta información relevante en torno al otro cónyuge, que nos lleva a evitar las expectativas rotas del matrimonio. Estos mecanismos están reconocidos de forma un tanto rudimentaria en nuestro derecho, como la sugerencia de efectuar charlas previas al matrimonio<sup>18</sup>.

---

to a la educación: tenderán a casarse individuos con niveles similares de educación; mientras que presentarán selección negativa en cuanto a sueldos”. Además agrega que la selección positiva al momento de elegir pareja constituirá el comportamiento dominante, como respecto de la educación, religión o raza; pero seleccionarán adversamente respecto de los rasgos de personalidad no deseados, como personalidad dominante, falta de madurez, etc. Papps, Ivy, “Análisis Económico del Matrimonio y la Fertilidad”, en *Lecturas de Economía Política*, Cabrillo, Francisco, Minerva Ediciones, Madrid, España, p. 63.

<sup>17</sup> Este proceso es tal vez más agudo por razones antropológicas en las mujeres, que en los hombres. Ello se debe a que la estrategia reproductiva de nuestra especie “creced y multiplicaos”, que por lo demás es imperativo bíblico y biológico, es distinto entre hombres y mujeres. Esto es fácilmente demostrable si nos remontamos en la historia de la humanidad. En las sociedades primitivas la que pagaba el costo más alto por tener los hijos era indudablemente la madre. Las crías humanas requieren una alta inversión en cuidados, que además debe ser constante en el tiempo, que no es propio de otras especies, y ese deber de cuidado recaía fundamentalmente en la mujer; en cambio la estrategia del varón era distinta, desde que no se hacía cargo directamente de los hijos, su estrategia era tener el máximo de relaciones sexuales para poder multiplicarse. Estas estrategias reproductivas se dan en la mayoría de las especies y son instintivas, el macho busca tener muchas relaciones sexuales y ello obedece al instinto de preservación de la especie; en cambio la hembra busca relaciones más selectivas con el que percibe como “el superior genético”, es decir, aquél que le asegurará que sus crías sobrevivan o que le dará crías “de mejor calidad”. Estos aspectos antropológicos nos llevan a que el hombre sea más descuidado a la hora de levantar información relevante respecto de su pareja, aspectos que las mujeres suelen tener más claro. En pocas palabras, las mujeres de una forma un tanto inconsciente buscan en sus parejas al padre de sus hijos (ello sucede aun después de haberlos tenido) y los hombres simplemente no nos planteamos el problema. Esta clase de cosas nos llevan a analizar las causas de las rupturas para así tratar de evitarlas.

Cabrillo, Francisco, *Matrimonio, Familia y Economía*, Minerva Ediciones, 1996, Madrid, pp. 27 - 30.

<sup>18</sup> En este sentido, el artículo 10.3° de la LMC establece que “[d]eberá, además, comunicarles la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, si no acreditaron que los han realizado. Los futuros contrayentes podrán eximirse de estos cursos de común acuerdo, declarando que conocen suficientemente los deberes y derechos del estado matrimonial. Este inciso no se aplicará en los casos de matrimonios en artículo de muerte.

La infracción a los deberes indicados no acarreará la nulidad del matrimonio ni del régimen patrimonial, sin perjuicio de la sanción que corresponda al funcionario en conformidad a la ley”.

Una de las formas en que el derecho ha tratado de hacer frente a la ruptura del matrimonio es **aumentar los costos de salida o de la ruptura**. Ello además protege a los hijos, ya que existen estudios que sugieren que después del divorcio la familia se empobrece. Sin embargo, **no está claro si el establecimiento del divorcio culposo, con o sin exclusión del divorcio unilateral por separación de cuerpos, evita la ruptura**. Los estudios que se han hecho revelan que ello simplemente lo que hace es aumentar los costos de salida. Así, generalmente el hombre tiende a pagar mayores indemnizaciones compensatorias para los efectos de lograr un divorcio consentido; pero las tasas de divorcio en un sistema de exclusión de divorcio unilateral con separación de cuerpos no son menores que uno que permita el divorcio unilateral por separación de cuerpos. En este sentido, parece ser que la valoración de las expectativas rotas y de las ganancias futuras de la ruptura son sobrevaloradas por el demandante. Ahora **¿por qué el derecho debería promover la estabilidad del matrimonio?** Se ha señalado que ello le interesa al derecho fundamentalmente para proteger a los hijos. De esta forma se suele ver a la estabilidad matrimonial como un bien público o una externalidad positiva. Las parejas estables pueden educar mejor a sus hijos y permiten ahorrar recursos públicos por cuanto generalmente esas familias son menos vulnerables. En definitiva, el aumento de los costos del divorcio no parece ser la solución, por cuanto ello aumenta las barreras de entrada al matrimonio. En otras palabras, a mayor coste del divorcio, menos personas se casan. Por ello es tan relevante investigar **¿cuáles son los mecanismos que evitan la ruptura?** Primero **se pueden crear mecanismos que promuevan la inversión en información respecto de los futuros esposos o esposas**, como políticas que promueven la convivencia responsable, subsidio de agencias que trabajen con psicólogos que puedan ayudar a las parejas a proyectar sus relaciones, etc. Segundo, ante la pregunta **¿cómo regulamos un régimen patrimonial del matrimonio dentro de esta lógica?**, podemos responder que debemos crear un sistema que permita que ambos cónyuges se desarrollen de una mejor forma a través del matrimonio, un sistema que evite conflictos y que imponga estrategias conjuntas que enriquezcan a ambos cónyuges. Así las cosas parece que la compensación económica es un mecanismo que incentiva el que uno de los cónyuges tenga un comportamiento altruista con relación al otro, estableciéndose una suerte de contrato implícito por el cual el cónyuge que se dedica a los hijos o al hogar común puede hacerlo –sin requerir el acuerdo del otro– con la seguridad de que tendrá acceso al reparto de los beneficios que dicha estrategia genere en la familia si se produce la ruptura.

Para terminar sólo me cabe señalar que aunque se entienda que, en un país como el nuestro de fuerte tradición de Derecho continental, el AED no admite una aplicación directa por el sentenciador, no podemos dejar de reconocer, como se puede apreciar en estas líneas, que el AED es una herramienta que nos permite

profundizar los alcances del derecho de familia y que, en última instancia, nos permite interpretar las normas jurídicas conforme a un criterio finalista claro, como lo podría ser la promoción de la estabilidad del matrimonio, a través de la obtención de información respecto del otro cónyuge, disminución de costos de transacción, tratamiento de las externalidades positivas, etc.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

BROSSBARD – SHECHTMAN SHOSHANA, On the Economics of Marriage, Economic Journal, 1994, Chapter IV, 'Theoretical Implications for the Marriage'. STRACHMAN, Billy & BARRY Rose, Adoption, Billy Strachman & Publisher Ltd., 1992.

CALABRESSI, G. & MELAMED, A. D., *'Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral'* en *Law, Economics and Philosophy Review*, USA, 1983.

CIGNO, A., Economics of the Family, New York, 1991.

HODSON, D. & DUNMALL, L., the Business of Family, Family Law, 1992.

KAMERMAN, S. B. & KAHN, A. J., 'Child Care and Privatization', Privatization and the Welfare State, Princeton University Press.

LANDES, E. & POSNER, R., *'The Economics of Baby Shortage'* en *Journal of Legal Studies*, 1978.

POSNER, R., Sex and Reason, Cambridge, Harvard University Press.

POSNER, R., Economic Analysis of Law, Fourth Edition, Little, Brown and Company, 1992.

SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus, Manual de Análisis Económico del Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

TULLOCK, G. 'Efficient Rent Seeking', BUCHANAN, J., TOLLISON, R. & TULLOCK, G., Toward a Theory of Rent - Seeking Society, Texas A and M University Press, páginas 99 a 112.

## TESIS DE MAGÍSTER EN DERECHO DEFENDIDAS EN EL AÑO 2010

### 1. MARÍA CONSUELO MANRÍQUEZ SOLER

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“Análisis crítico al sistema registral chileno de los derechos de aprovechamiento de aguas”
<b>Profesor guía</b>	Francisco Zúñiga
<b>Fecha de examen</b>	13.05.2010
<b>Nota del examen</b>	6,0

### 2. STEPHANIE MÁRQUEZ GRANIFO

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“El orden público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile”
<b>Profesor guía</b>	Elina Mereminskaya
<b>Fecha de examen</b>	14.05.2010
<b>Nota del examen</b>	6,0

### 3. MARÍA CONSUELO ZANZO GARCÍA

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“Antisindicalidad en la empresa ¿Trabajador versus Empleador?”
<b>Profesor guía</b>	Ximena Gutiérrez
<b>Fecha de examen</b>	19.05.2010
<b>Nota del examen</b>	5,0

### 4. MARCOS MORALES ANDRADE

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“La acción de revocación de nombre de dominio en el derecho chileno”
<b>Profesor guía</b>	Alberto Cerda
<b>Fecha de examen</b>	09.07.2010
<b>Nota del examen</b>	7,0

#### **5. RAMÓN HERNÁNDEZ DEL ORBE**

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“Conflictos de nacionalidad en la jurisprudencia arbitral internacional de inversión extranjera”
<b>Profesor guía</b>	Juan Banderas
<b>Fecha de examen</b>	09.08.2010
<b>Nota del examen</b>	6,0

#### **6. KARINNA FERNÁNDEZ NEIRA**

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“La prescripción gradual, aplicada a los Delitos de Lesa Humanidad”
<b>Profesor guía</b>	Claudio Nash
<b>Fecha de examen</b>	30.08.2010
<b>Nota del examen</b>	6,0

#### **7. PATRICIO ESPINOZA LUCERO**

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“Una aproximación al concepto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde una perspectiva igualitaria”
<b>Profesor guía</b>	Claudio Nash
<b>Fecha de examen</b>	24.09.2010
<b>Nota del examen</b>	7,0

#### **8. ADRIANA MEDINA PEÑA**

<b>Nacionalidad</b>	Colombiana
<b>Tesis</b>	“La contratación pública, en el marco de un acuerdo de Colombia con la Unión Europea”
<b>Profesor guía</b>	Claudio Moraga
<b>Fecha de examen</b>	04.10.2010
<b>Nota del examen</b>	6,5

#### **9. SAFWAN BARAKAT**

<b>Nacionalidad</b>	Siria
<b>Tesis</b>	“La Liga Árabe”

**Profesor guía** Jeannette Irigoin  
**Fecha de examen** 26.10.2010  
**Nota del examen** 5,0

#### 10. ALEJANDRO GÓMEZ CORTÉS

**Nacionalidad** Chilena  
**Tesis** “Software en soporte intelectual. Algunos aspectos tributarios en la legislación chilena”  
**Profesor guía** Lorena Donoso  
**Fecha de examen** 21.12.2010  
**Nota del examen** 6,5

#### 11. LUIS FERNANDO SAFFIE DUERY

**Nacionalidad** Chilena  
**Tesis** “Estatuto jurídico en el ámbito del Fútbol de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas: aplicación de la Ley 20.178”  
**Profesor guía** Eric Palma  
**Fecha de examen** 30.12.2010  
**Nota del examen** 6,5

#### 12. NICOLÁS CARRASCO DELGADO

**Nacionalidad** Chilena  
**Tesis** “Análisis Económico del Derecho de la tutela cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras”  
**Profesor guía** Raúl Núñez  
**Fecha de examen** 30.12.2010  
**Nota del examen** 7,0

#### 13. IGNACIO DAIBER PERALTA

**Nacionalidad** Chilena  
**Tesis** “Estados Unidos versus Antigua y Barbuda, juegos de azar: un ejemplo de la contribución de la OMC a la judicialización de la política internacional”  
**Profesor guía** Elina Mereminskaya  
**Fecha de examen** 30.12.2010  
**Nota del examen** 5,3

**14. ADRIANA PALAVECINO CÁCERES**

<b>Nacionalidad</b>	Chilena
<b>Tesis</b>	“Derecho a la identidad de las personas transgéneras”
<b>Profesor guía</b>	Eric Palma
<b>Fecha de examen</b>	30.12.2010
<b>Nota del examen</b>	6,8