

La batalla de los apellidos: un análisis bajo teoría de juegos de las normas colombianas que permiten a los padres elegir el orden de los apellidos de sus hijos¹

THE BATTLE OF SURNAMES: A GAME-THEORY ANALYSIS OF THE COLOMBIAN LEGAL RULES ALLOWING PARENTS TO CHOOSE THEIR CHILDREN'S SURNAMES

JUAN ANTONIO GAVIRIA²

RESUMEN

La ley colombiana determinaba que los padres debían registrar a sus hijos asignándoles como primer apellido el de su padre. En noviembre de 2019, la Corte Constitucional precisó que tal regla viola la igualdad de géneros y permitió a los padres asignar a sus hijos como primer apellido bien sea el paterno o el materno. Este texto investigativo, con metodología basada en teoría de juegos y en modelos del análisis económico de derecho de familia para aplicarlos, *lege lata*, a las nuevas normas que permiten a los

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n58.04>

1 Artículo de investigación. El autor es profesor asociado de la Universidad EAFIT y pertenece al Grupo de Investigación en Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de esta universidad. Su categoría es la de investigador asociado en Minciencias. Su número de certificación allí es 0001344596200905212460.

2 Doctor en Ciencias Jurídicas de American University, the Washington College of Law. Correo: jgaviri5@eafit.edu.co Dirección: Circular 1 No. 70-01. Medellín - Colombia. Orcid: 0000-0002-9221-8642.

padres negociar entre sí sus derechos de propiedad sobre los apellidos de sus hijos, haciendo énfasis en padres casados o en unión libre. El texto también estudia dicha negociación bajo los modelos de batalla de los sexos y del juego de la gallina. Tal enfoque ofrece nuevas perspectivas no solo sobre los efectos de la reciente jurisprudencia sino también sobre el análisis económico del matrimonio y del derecho de familia. El texto concluye que: la negociación de los apellidos será compleja no por razones legales sino económicas, como el monopolio bilateral existente entre los padres y el ser un apellido un objeto indivisible que no se comercia en un mercado tradicional.

Palabras clave: Análisis económico del derecho, batalla de los sexos, derecho de familia, juego de la gallina, matrimonio, Teoría de juegos.

Abstract

Colombian law used to provide that parents had to register children with their fathers' last names as the first one. In November 2019, Colombian Constitutional Court held that such rule was against the equal treatment of genders, allowing parents to register a child either with the father's or the mother's surname. This research, based on a game-theoretical approach as well as on models of the economic analysis of family law, applies such notions, *lege lata*, to the new rules allowing parents to bargain over property rights on their children's last names, focusing on married parents or in those who live together under similar arrangements. The paper also models such bargaining as both a battle of the sexes and a chicken game. Such approach offers new insights not only as to new case law's effects but also, and more generally, regarding the economic analysis of marriage and other family law issues. The text concludes that the bargaining over children's last names may be very complex not due to legal reasons but because of economic grounds such as a bilateral monopoly between parents and the fact that a last name is an indivisible object that is not traded in a traditional market.

Keywords: Battle of the Sexes, Chicken Game, Family Law, Game Theory, Law and Economics, Marriage.

INTRODUCCIÓN

Las normas colombianas solían determinar que un hijo debía ser registrado primero con el apellido de su padre y luego con el de su madre. Esta norma cambió en noviembre de 2019 cuando la Corte Constitucional, en Sentencia C-519 de ese año, declaró su inconstitucionalidad. Con el fin de dar tiempo al Congreso para promulgar nuevas disposiciones acordes con la Constitución, la Corte mantuvo la norma demandada en vigencia hasta el 20 de junio de 2022. Si, para tal fecha, no se hubiesen promulgado nuevas normas, los padres habrían podido registrar a su hijo bien sea con: (i) el apellido del padre en primer lugar y el de la madre a continuación o (ii) con tales apellidos en el orden inverso. Si los padres no lograban un acuerdo, el orden de los apellidos de

su hijo será decidido por sorteo. En cualquier caso, el Congreso atendió el llamado de la Corte Constitucional y promulgó la Ley 2129 de 2021, vigente a partir del 4 de agosto de dicho año, que incluye una regla exactamente igual a la ya descrita³.

Tanto la nueva jurisprudencia constitucional como la reciente ley que permiten a los padres negociar el derecho de propiedad sobre los apellidos de sus hijos, contrasta con la norma anterior que otorgaba tal prerrogativa, de manera exclusiva, al padre además de impedirle negociar su derecho con la madre. El nuevo escenario de negociación es especialmente interesante debido a la norma supletiva que consiste en que, si no hay acuerdo, cada padre tiene un 50% de ganar el sorteo y de que su hijo tenga como primer apellido el suyo. La negociación también será muy singular dado que, a diferencia de ventas comerciales, ofrecer o aceptar dinero a cambio de tener prioridad para decidir sobre el apellido de un hijo sería, por decir lo menos, raro. Aunque afirmar que los apellidos no están en venta no significa que en tales casos no haya mercados. Existe un mercado de trueque, especialmente en matrimonios, en el cual los padres cambian sus derechos sobre los apellidos de sus hijos por otros "bienes" como el cuidado de los mismos o tareas caseras (Baird, 1998, pp. 192-197).

Negociar a la sombra de la ley sobre derechos de propiedad es un tema que el análisis económico del derecho ha estudiado (Baird et al., 1994, p. 269) y que este artículo extiende a los apellidos, en particular, y al derecho de familia, en general. Todo lo anterior bajo un enfoque de teoría de juegos, que asume al menos dos individuos cuyas decisiones influyen y dependen de las decisiones de los otros participantes y que es aplicable a la batalla de los apellidos, en la cual la ley suministra las reglas del juego, los jugadores son los futuros padres, las estrategias son: tener prioridad para decidir el apellido del hijo al igual que ceder tal derecho al otro padre, mientras que los pagos representan la utilidad que un padre obtiene cuando su hijo es registrado con su apellido.

Este artículo contribuye al estudio del análisis económico del derecho de familia al analizar la nueva jurisprudencia sobre apellidos bajo el enfoque ya mencionado de teoría de juegos que permite explicar el comportamiento social, así como afinar las intuiciones sobre como las normas legales afectan este. Aunque hay una buena cantidad de literatura sobre análisis económico del derecho de familia en temas como matrimonio, divorcio y custodia de hijos, el problema particular de cómo los padres

3 La parte inicial del artículo 2 de dicha ley establece: "ARTÍCULO 2°. Modifíquese el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, el cual quedará así: Artículo 53. En el Registro Civil de Nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito (a), el primer apellido de la madre y el primer apellido del padre, en el orden que decidan de común acuerdo. En caso de no existir acuerdo, el funcionario encargado de llevar el Registro Civil de Nacimiento resolverá el desacuerdo mediante sorteo, de conformidad con el procedimiento que para tal efecto establezca la Registraduría Nacional del Estado Civil. A falta de reconocimiento como hijo(a) de uno de los padres se asignarán los apellidos del padre o madre que asiente el Registro Civil de Nacimiento. Esta norma rige para los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, de unión marital de hecho, de parejas conformadas por el mismo sexo y con paternidad o maternidad declarada judicialmente.

negocian sobre los apellidos de sus hijos todavía no ha sido explorado y el reciente cambio normativo en Colombia es una excelente oportunidad para llenar este vacío.

La paternidad puede surgir por diversas razones. En un extremo del espectro, las vidas de los padres antes de la gestación pueden rara vez cruzarse salvo relaciones sexuales ocasionales que generen un embarazo no planeado. Las personas tienen hijos por diferentes razones como: (i) consecuencias inesperadas de relaciones sexuales, (ii) un deber moral, (iii) altruismo, sin esperar nada a cambio, (iv) como una inversión, para tener un familiar confiable que pueda aportar servicios a la familia o incluso como un seguro, esto es, tener un familiar que cuide de los padres cuando estos sean adultos mayores, (v) el deseo de preservar los genes o los apellidos, o (vi) sentirse orgulloso de los logros de los hijos y a través de ellos mejorar la reputación familiar, o (vii) por inercia o costumbre, simplemente porque muchas otras personas tienen hijos (Cohen, 2002, pp. 10-34).

En el otro extremo del espectro, los futuros padres pueden estar casados o en otro tipo de relación de largo plazo. El presente artículo hace énfasis en la negociación sobre los apellidos de los hijos de padres casados o en unión marital de hecho; por ello, solo referencias ocasionales serán hechas a padres que no conviven. Tal enfoque permite aprovechar la rica literatura del análisis económico del derecho de familia sobre negociación dentro de los matrimonios. En una nota relacionada, y si bien este texto es parcialmente aplicable a parejas del mismo sexo, se usa aquí un lenguaje propio de las parejas heterosexuales (él, ella, padre, madre, etc.).

A primera vista, el lector pensará que el análisis del orden de los apellidos de un hijo es un tema frívolo o de menor importancia que otras materias del derecho de familia, como la custodia de los hijos, el divorcio o los alimentos. Un análisis más profundo, sin embargo, revela que, si bien el tema elegido es puramente de derecho privado, sin mayores efectos sobre el interés público, es relevante no solo porque su discusión da luces y aporta otra visión sobre la negociación intra matrimonial a la sombra de la ley sino también porque los apellidos son importantes para los padres, así como para sus hijos. Según la literatura del análisis económico del derecho de familia los hijos, como los "recursos" sobre los cuales los padres negocian temas como su número y época de llegada, son la principal inversión en los matrimonios (Cohen, 1987, pp. 267-303).

También existe literatura que resalta la relevancia económica de los nombres de pila, la cual es aplicable a los apellidos. Gaviria, Medina y Palau empíricamente confirmaron en 2007 que los nombres atípicos, aquellos sin tocayo, imponen un costo sustancial a sus portadores colombianos ya sea a través de discriminación o de menores salarios. De manera más general, los autores encuentran que los nombres raros son tanto causa como consecuencia de las desigualdades sociales colombianas (Gaviria *et al.*, 2007). Los autores también hacen referencia a literatura según la cual ciertos nombres de pila en Estados Unidos afectan negativamente la autoestima y, que los nombres con mala reputación imponen un costo social y pueden generar rechazo de pares (Harrys, 2006, p. 1). En verdad, los padres tienen poca o casi ninguna limitación para escoger los nombres de pila de sus hijos mientras que las opciones son más restringidas en

cuanto a los apellidos: el del padre o el de la madre. Dicho de otra forma, los apellidos dependen de la filiación y no del capricho o imaginación de los padres, aunque sí de la voluntad de su propio titular, toda vez que un hijo, una vez alcanza la mayoría de edad (18 años) puede cambiar su apellido y escoger cualquier combinación de palabras que le gusten (Sentencia C-114 de 2017). En cualquier caso, un cambio de nombre luego de que un recién nacido es registrado va más allá del alcance de este texto.

Sin perjuicio de lo anterior, la lógica económica sobre nombres de pila es aplicable a apellidos; después de todo, estos últimos también pueden ser raros o tener una mala reputación. De hecho, los apellidos con una mala imagen social podrían generar peores efectos que los nombres de pila dado que aquellos indican los ancestros de su portador y, en tal sentido, pueden dar inferencias positivas o negativas a terceros.

Aunado a lo anterior, los apellidos también son importantes para los familiares que le dan importancia a su transmisión generacional en una forma immaculada⁴. Ello de conformidad con la teoría que representa a las familias como franquicias. Bajo tal modelo, bien el padre, la madre o ambos son los franquiciantes que han invertido en sus ahora hijos adultos que, a su vez, son los franquiciados que operan el nombre familiar, ya sea manteniendo o dañando su reputación (Brinig, 2000, pp. 230-273). Así, los apellidos pueden ser a la reputación familiar lo que las marcas son al denominado *good will* o buen nombre.

En cuanto a la metodología, este es un análisis de *lege lata*; esto es, el texto describe las consecuencias de la nueva normativa sin apoyarla ni criticarla. El texto también es teórico; un enfoque empírico no es posible dado que las nuevas normas solo han regido desde el pasado 4 de agosto de 2021. De otro lado, este texto se enfoca en las normas colombianas sobre apellidos, omitiendo el análisis en otros países. En otro comentario metodológico, el texto no usa prácticamente matemáticas, se incluyen solo algunas tablas y se prefiere explicar los conceptos en palabras, bajo el supuesto de que buena parte de sus lectores serán abogados.

Este texto también modela a los padres que deciden los nombres de sus hijos como agentes racionales, un supuesto requerido para aplicar teoría de juegos y para predecir el comportamiento estratégico (Picker, 2000, pp. 29-47). La racionalidad, un concepto evasivo (Binmore, 2007a, p. 383), significa aquí que los padres al negociar sobre los

4 Véase una sentencia reciente del Tribunal Supremo de España (Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 629/2021 de 27 Sep. 2021, Rec. 1035/2019, MP: José Luis Seoane Spiegelberg) ha reconocido que un apellido en extinción es un bien a proteger y, bajo tal razonamiento, ha autorizado al demandante, Miguel Ángel Rodríguez Vacelar, a que su hija lleve como primer apellido Rodríguez-Vacelar, y no simplemente Rodríguez, para así evitar que se “extinga” tal apellido, que solo nueve personas en España llevan como primero y otras once como segundo, todo ello a pesar de que la ley expresamente no permitía esta posibilidad. Para el texto de la sentencia, véase <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDA3MLMwsLRUK0stKs7Mz7MtY0xPzStjBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKtIvNzSkTSQ4sybUOKSIMB13YZykUAAAA=WKE>. Véase también un abogado logra que el TS reconozca que su apellido materno en extinción es un “bien a proteger”, La Razón, España, 18 de octubre de 2021, <https://www.larazon.es/espana/20211018/p27xwnmfhrauzn5uuvok32xo4y.html>.

apellidos de sus hijos se comportan de manera estratégica y prefieren elecciones que maximizan su utilidad, sin importar cómo se pueda entender o medir esta. El hecho de que los cónyuges que van a ser padres, el núcleo de este artículo, tomen muchas decisiones basadas en amor o altruismo no afecta tal supuesto de racionalidad al considerar que, incluso las parejas más exitosas se comportan estratégicamente y ponderan las consecuencias de sus decisiones (Scott & Scott, 1999, pp. 201-244).

Con todo, la sección 1 de este artículo resume las teorías del análisis económico del derecho de familia sobre matrimonio y divorcio que serán útiles para las demás partes de este artículo. La sección 2 recapitula tanto la vieja como la nueva norma colombiana sobre apellidos. La sección 3 considera la facultad de los padres de elegir los apellidos de sus hijos como derechos de propiedad que eran inalienables antes de la reciente jurisprudencia constitucional y que, ahora, son negociables desde el 4 de agosto de 2021; un cambio que permite aplicar conceptos como el teorema de Coase y el monopolio bilateral. La sección 4 modela la negociación de los padres sobre los apellidos de sus hijos a través de dos conocidos juegos: la batalla de los sexos y el juego de la gallina, identificando estrategias, pagos y posibles equilibrios. Finalmente, el artículo cierra con algunas conclusiones y plantea algunos temas complementarios para futuras investigaciones.

1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE FAMILIA

Hay cuatro principales modelos para explicar cómo las familias toman decisiones económicas y asignan recursos escasos para la producción y consumo de bienes y servicios (Zelder, 2002, pp. 157-170). El primer y más antiguo modelo es el de preferencias comunes bajo el cual la familia opera como unidad de decisión que maximiza una sola función de utilidad, incluso si ello implica que la utilidad de algunos de sus miembros se vea reducida. Este modelo, al asumir una integración vertical, así como ver a las familias como entidades jerárquicas, resulta ser muy limitado o poco útil para el análisis del comportamiento de los integrantes de las familias (Becker, 1993, p. 20).

Los otros tres modelos abandonan la pretensión de explicar las familias como agentes unitarios prefiriendo tener en cuenta la diversidad de intereses de sus miembros (Wax, 2017, pp. 280-307). En particular, el segundo modelo estudia las familias como juegos cooperativos en los que el divorcio funciona como una amenaza o punto de salida disponible en caso de que un acuerdo no sea posible (Lundberg & Pollak, 1993, p. 139). Un punto de amenaza es la utilidad alcanzable si la cooperación dentro del matrimonio deja de funcionar (Zelder, 2002, p. 157). Naturalmente, hay problemas más conflictivos que las decisiones sobre los apellidos de los hijos. Con todo, e incluso si una pareja permanece casada, el divorcio como punto de amenaza afecta el poder de negociación de los cónyuges en general (Wax, 2017, p. 280) y, la elección de los apellidos de los hijos, en particular.

El tercer modelo es una variante del segundo, con la diferencia de que el punto de amenaza no es el divorcio sino el denominado esquema de esferas separadas. Este

término significa que los cónyuges continúan viviendo juntos, pero con vidas independientes o mínima interacción (Wax, 2017, p. 280). Este modelo es útil cuando las leyes hacen difícil obtener el divorcio al prohibir a cualquiera de los cónyuges solicitarlo de manera unilateral o al requerir bien sea un período mínimo de espera o una causa legal (Cohen, 2002, pp. 10-35). El modelo también es aplicable cuando el divorcio es viable legalmente, pero los cónyuges prefieren seguir casados por el presunto bienestar de los niños, por economías de escala de una vida compartida o, simplemente, por inercia (Cohen, 2002, pp. 10-35). En Colombia, donde el divorcio unilateral no está permitido, la amenaza de migrar el matrimonio de una relación pacífica a una conforme al modelo de esferas separadas, puede influenciar más la negociación de los apellidos de los hijos que el propio divorcio.

El cuarto y último modelo representa a las familias como juegos no cooperativos donde cada uno de sus miembros intenta maximizar su función de utilidad sin importar si tal conducta beneficia o afecta a los demás integrantes (Wax, 2017, p. 280).

2. LAS NORMAS LEGALES COLOMBIANAS SOBRE APELLIDOS

El Decreto Legislativo 1260 de 1970 establecía algunas reglas sobre el registro civil colombiano. Su artículo 53 determinaba que un recién nacido se registraba con el apellido de su padre si era un hijo legítimo o uno extramarital reconocido, o con el de su madre, en caso contrario. El artículo 1 de la Ley 54 de 1989, norma derogada recientemente en su totalidad por el artículo 4 de la Ley 2129 de 2021, había modificado tal regla al establecer que los recién nacidos debían recibir dos apellidos. Un hijo legítimo o extramarital reconocido recibía su primer apellido de su padre y el segundo de su madre; para otros recién nacidos, estos recibían ambos apellidos de su madre. Para evitar confusiones, cuando este artículo haga referencia al apellido de un hijo, esta se entenderá hecha al primero de ellos.

En 1994, tres años luego de que la actual Constitución fuera promulgada, una persona demandó el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 alegando que este violaba el derecho a un tratamiento igualitario al dar a los hombres, pero no a las mujeres, prioridad sobre los apellidos de sus hijos. La Corte Constitucional, en Sentencia C-152 de 1994, sostuvo que la norma demandada era acorde a la carta magna toda vez que: (i) la secuencia de los apellidos de un hijo no afectaba ningún derecho constitucional, y (ii) permitir a las personas elegir el orden de sus hijos haría más difícil a terceros identificar la filiación de las personas. En esta sentencia, tres de los nueve magistrados salvaron su voto.

La Sentencia C-152 de 1994 silenció el debate durante un cuarto de siglo. En 2019, decidiendo otra demanda contra las normas sobre apellidos y a través de la Sentencia C-519 de 2019, la Corte Constitucional declaró inconstitucionales las siguientes palabras del artículo 1 de la Ley 54 de 1989: "seguido del". El efecto de esta sentencia fue que los hombres ya no tendrían prioridad sobre las mujeres a la hora de determinar los apellidos de sus hijos en común. La Corte consideró que la

regla demandada discriminaba a las mujeres sin que el propósito de certeza sobre la filiación fuese una justificación válida, argumentando también que la certeza acerca de la filiación puede ser mantenida, hasta cierto grado si, hipotéticamente, el Congreso promulga una norma determinando que todos los hijos de una misma pareja deben tener la misma secuencia u orden de apellidos, norma legal que no sería discriminatoria de las mujeres. La Corte también sostuvo que el problema jurídico constitucional podía ser analizado nuevamente a pesar del precedente jurisprudencial de 1994 teniendo en cuenta los cambios sociales, económicos, políticos y culturales ocurridos en los últimos 25 años. Un magistrado, de nueve, salvó su voto alegando que la Sentencia C-152 de 1994 había cerrado definitivamente la discusión constitucional.

Para dar algún tiempo al Congreso para promulgar nuevas normas, acordes con la Constitución, la Corte difirió los efectos legales de su decisión hasta el 20 de junio de 2022. Si el Congreso hubiese guardado silencio hasta esa fecha, a partir de tal momento ambos padres deberán elegir de común acuerdo la secuencia de los apellidos de sus hijos. Si no hay acuerdo, los funcionarios del registro civil decidirán el orden de los apellidos por sorteo. En cualquier caso, el Congreso se pronunció al respecto mediante la Ley 2129 según la cual la regla, ya mencionada, de elección de común acuerdo y de sorteo, en caso de que no haya entendimiento, es aplicable desde la vigencia de tal norma, que empezó el 4 de agosto de 2021.

En un comentario al margen, y con base en una tipología de la jurisprudencia constitucional, la Sentencia C-519 de 2019 es un ejemplo de una sentencia tanto sustitutiva (de la vieja norma legal) como exhortativa, al hacer un llamado al Congreso para promulgar normas de conformidad con la Constitución. Dentro de tal tipología, la Sentencia C-519 de 2019 también es una jurisprudencia con efectos diferidos (Olano, 2004, pp. 571-602).

En cuanto al derecho comparado, la norma actual argentina, vigente desde el 2015, tiene cierto parecido con la colombiana. Similar a la norma local, el artículo 64 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que un hijo podrá llevar como primer apellido el de cualquiera de sus padres, pero que, de no haber acuerdo, tal apellido se determinará por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En contraste con la reciente Ley colombiana 2129 de 2021, que omitió tal posibilidad a pesar de haber sido sugerida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-519 de 2019, la ley argentina indica que todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar como primer apellido el mismo. Esto no solamente facilita a terceros identificar quiénes son hermanos, sino que también incide en las negociaciones, y de hecho las puede dificultar, porque quien obtiene la prelación para el primer hijo ya obtiene un derecho de propiedad inalienable e inmodificable para otros vástagos con la misma pareja, a diferencia de Colombia donde es posible negociar que un primer hijo lleve el apellido del padre y un segundo el de la madre, o viceversa.

3. APELLIDOS, DERECHOS DE PROPIEDAD Y MONOPOLIO BILATERAL

¿La facultad de registrar a un hijo con su apellido es un derecho de propiedad? Aunque debatible desde una perspectiva jurídica, la respuesta es afirmativa bajo un enfoque económico. Los derechos de propiedad se extienden a cualquier recurso corporal o intangible con respecto al cual su dueño puede excluir a todos los demás de su uso (Alchian, 2008, pp. 422-425). Por ejemplo, en derecho de familia tal término ha sido aplicado a relaciones sexuales consentidas dentro del matrimonio, con el derecho de propiedad perteneciendo al cónyuge menos interesado en el sexo (Allen & Brinig, 1998, pp. 211-219). El padre que registra a su hijo con su apellido, excluye al otro padre al igual que a cualquier tercero de la posibilidad de hacer lo propio. Asumiendo que personas diferentes a los padres carecen de derecho alguno sobre el particular, la ley tiene tres opciones para asignar derechos de propiedad sobre apellidos: otorgarlos al padre, a la madre, o a ambos como propietarios en común y *pro indiviso* (Calabresi & Melamed, 1972, pp. 1089-1128). La vieja norma legal, hoy inconstitucional y ya derogada por la Ley 2129 de 2021, no solo asignaba derechos de propiedad a los hombres, sino que además determinaba que estos eran inalienables; esto es, sus propietarios no los podían enajenar a otras personas, como la madre del niño en cuestión.

¿La inalienabilidad de derechos de propiedad sobre apellidos se justifica económicamente? Formular tal pregunta no equivale a sostener que los apellidos deberían estar disponibles por un precio sino simplemente indagar si un padre con el derecho de propiedad debería poder decidir si transfiere o no este a la madre del hijo, o viceversa, ya sea sin requerir nada a cambio o como parte de un trueque dentro del matrimonio; por ejemplo, 'tú tienes prioridad sobre los apellidos de nuestro hijo, pero nos mudamos a la ciudad donde yo pueda encontrar un mejor trabajo'. La literatura del análisis económico del derecho afirma que: los derechos no enajenables solo se justifican cuando la libertad contractual es peligrosa bien sea para las propias partes (paternalismo) o para terceros (externalidades negativas) (Ayres & Gertner, 1989, pp. 87-130). Ninguna excepción parece aplicable a los apellidos no solo porque las consecuencias de la libertad contractual son menos peligrosas para terceros que, por ejemplo, manipular fuegos artificiales, sino también porque las normas colombianas no permiten a los padres escoger cualquier apellido, como uno muy feo o raro, sino solo elegir entre el del padre o el de la madre. Razones morales o distributivas, útiles como argumento para prohibir ventas como las de riñones o bebés (Sandel, 2009, pp. 70-72) no son persuasivas aquí: los apellidos no serían vendidos e, incluso si así fuese, tales transacciones serían negocios privados sin casi ningún efecto público. Una explicación más útil consiste en que, a lo mejor, los hombres han tenido preferencia inalienable sobre los apellidos de sus hijos para evitar problemas de coordinación entre padres, similar al propósito de normas que discrecionalmente deciden que los carros deben ir por el lado derecho y no por el izquierdo de la vía. Aunque, tal vez, una mejor razón para la vieja norma sea que los apellidos paternos han prevalecido por razones históricas y culturales.

Derechos inalienables, por definición, significan que su reasignación es imposible y que los costos de transacción son infinitos (Demsetz, 1967, pp. 347-359). En tales casos, y de conformidad con el teorema de Coase, la ley debería buscar la eficiencia asignativa al darle el derecho a la persona que más valora este. Dos preguntas surgen cuando las nociones de eficiencia y apellidos se interceptan: (i) ¿Es la eficiencia relevante para este tema? y, en caso afirmativo ¿cómo se mide? La primera pregunta puede ser dividida en varios interrogantes como si ¿es eficiente para un niño recibir el apellido de su padre más famoso o con mayor prestigio? ¿si la eficiencia se relaciona de alguna manera con el mejor interés del infante o si es eficiente para un padre e incluso para su cónyuge mantener un apellido a través de varias generaciones? Aunque tales preguntas son más fáciles de formular que de responder, parece claro que dar prioridad a los hombres sobre los apellidos de sus hijos no es más eficiente que dar prevalencia a las mujeres.

En cuanto a la pregunta sobre la medición de la eficiencia, no existe una vara o referencia que permita medirla en materia de apellidos, debido a que estos no se venden o compran en un mercado. Además, es casi imposible comparar la utilidad de los padres derivada de tener prioridad en cuanto a los apellidos de sus hijos (Binmore, 2007a, p. 543). Con todo, la eficiencia sí puede depender de factores como la reputación, la notoriedad y la pronunciación o letras de los apellidos.

En cualquier caso, la inalienabilidad ya no es la regla vigente, desde la entrada en vigencia el 4 de agosto de 2021 de la Ley 2129 de dicho año. Una transición de una norma imperativa a una en la cual el derecho es transferible, contribuye a la eficiencia asignativa al permitir a los padres redistribuir un derecho que la ley podría haber asignado erróneamente (Parisi, 2013, p. 21).

Cuando las normas legales dejan de ser imperativas, las supletivas adquieren una mayor relevancia. La nueva jurisprudencia es de particular interés toda vez que la regla por defecto no es ni el apellido del padre ni el de la madre en caso de ausencia de acuerdo, sino que es un sorteo en el que cada parte tiene un 50% de probabilidad de ganar. Las normas supletivas, que dan prioridad bien sea a los padres o a las madres, serían más simples y claras (Stearns *et al.*, 2018, p. 633), aunque quizás también injustas. En un estilo más complejo, pero justo, ambos padres comparten un derecho de propiedad indivisible hasta el momento de registrar a su hijo, cuando deben decidir quién de ellos prevalece. Expresado de otra forma, la propiedad en común es posible durante el embarazo, pero no luego de que el registro civil del recién nacido ha sido emitido.

Las normas por defecto, entre otras funciones, tienen el propósito de reducir costos de transacción. Si la ley elige la regla que las partes prefieren, estas evitan los gastos y el tiempo requerido para negociar la respectiva cláusula contractual (Zamir & Teichman, 2018, p. 249). A pesar de ser más justa y dado que un apellido es un objeto indivisible, el sorteo como norma supletiva no reduce los costos de transacción en la misma forma en que lo hace una regla asignando tal derecho, y en caso de silencio de las partes, a uno de los padres (aunque también es factible que algunos padres prefieran no acudir al sorteo en las oficinas del registro civil y, en vez de ello, lo

hagan en casa por razones como evitar la participación de terceros o la necesidad de informar a familiares y amigos como fue elegido el apellido de sus hijos. El problema de elegir el apellido de un hijo en casa, por sorteo, es su ejecución, i.e., la parte que pierde podría argumentar que él o ella nunca había aceptado tal método de solución de la controversia). Tal sorteo podría afectar la aplicación del denominado teorema de Coase, que predice que cuando los costos de transacción son cero o mínimos la asignación de apellidos no depende de las normas legales (Coase, 1960, pp.1-44).

Además de lo anterior, otros dos obstáculos incrementan los costos de transacción *ex ante* y reducen la probabilidad de alcanzar la eficiencia asignativa (los costos *ex post* son mínimos en apellidos dado que el registro es una actividad que el Estado administra). Primero, la negociación ocurre en un mercado de trueque y, segundo, los padres son prisioneros de un monopolio bilateral. Cada uno de estos factores se explica a continuación.

Una familia al tomar decisiones como unidad maximizadora de una meta en común carece, por definición, de mercado interno (Becker, 1993, p. 1). Incluso si este modelo es descartado al admitir que los cónyuges y también sus hijos negocian estratégicamente todo el tiempo, la realidad muestra que los intercambios entre miembros de una familia son en forma de trueques, e.g., tú le das de comer a los niños y yo limpio la casa o, en el tema de este texto, un cónyuge elige el nombre de pila y el otro tiene prelación en relación con el apellido. Así, las ventas no se prohíben, pero sí se miran con malos ojos: una persona que proponga a su cónyuge pagarle un dinero a cambio del derecho de propiedad sobre los apellidos de sus hijos será considerado un lunático. Sobre el particular, Ariely diferencia entre normas de mercado y normas sociales ilustrando la intromisión de las primeras en las segundas cuando un hipotético huésped en una fiesta de acción de gracias ofrece pagar a su suegra dinero por la cena (Ariely, 2010, p. 67). Adicionalmente, el derecho de propiedad sobre un apellido es indivisible, sin un rango continuo sobre el cual negociar; el regateo solo tiene dos opciones extremas, careciendo de puntos intermedios: tu apellido o el mío. Aunado a ello, transacciones entre partes independientes no son posibles aquí, toda vez que el amor, las emociones y otros factores psicológicos y emocionales juegan un papel significativo.

Sin perjuicio de lo anterior, afirmar que los apellidos son indivisibles y que ellos se negocian en un mercado de trueque no equivale a decir que negociaciones exitosas son imposibles. Los padres pueden facilitar la negociación, especialmente en matrimonios, al unir la discusión sobre los apellidos a otros temas ampliando así el alcance de las negociaciones (Dixit & Nabeluff, 1993, p. 1). En otras palabras, los cónyuges pueden incluir diferentes problemas de común interés en una bolsa de negociación común, para así incrementar la probabilidad de lograr un acuerdo con base en las diferencias en las valoraciones relativas de cada parte para cada asunto; por ejemplo, ella puede valorar más no hacer tareas caseras mientras que él puede preferir tener prioridad sobre los apellidos de sus hijos.

Lima-Campos y Gaviria aplican esta estrategia a negociaciones de política comercial de una manera que también es aplicable a matrimonios. Así, pasar de negociar un solo

asunto a muchos temas, cambia dramáticamente la naturaleza del proceso toda vez que así las partes tienen oportunidad tanto de crear como de reclamar valor. Si la agenda de negociación es muy estrecha, las partes pueden carecer de suficientes monedas de cambio y, como resultado, se tendrían serias dificultades para generar valor y lograr el acuerdo. Pero tener una agenda muy amplia tampoco es recomendable, ya que el proceso se podría volver inmanejable, a menos que, se divida en varias negociaciones más pequeñas (Lima-Campos & Gaviria, 2017, p. 228).

El segundo obstáculo para la negociación sobre apellidos se deriva del hecho de que los padres están atrapados en un monopolio bilateral, un término que describe situaciones en las que ambas partes no tienen alternativa diferente a negociar entre sí (Posner, 2007, p. 62), y que es común, entre otros casos, en divorcios, servidumbres, huelgas y conciliaciones de litigios (Harrison & Theeuwes, 2008, p. 489). Así, la madre es la única persona a la que el padre puede persuadir para que acepte que su hijo en común lleve los apellidos de él y no de ella, siendo también cierto lo contrario. De manera más precisa, si ambos padres están altamente interesados en tener prioridad sobre los apellidos de sus hijos, ellos son los únicos compradores, y lo opuesto también es verdad, son los únicos vendedores. Alternativamente, si un padre asigna un alto valor a tener prioridad mientras que su cónyuge asigna un bajo valor, aquel es el único comprador y este último el único vendedor.

Un monopolio bilateral en relación con los apellidos de un hijo afecta la negociación de varias maneras. Para empezar y, con el fin de aprovechar la falta de rivales, ambos padres pueden permanecer inflexibles con respecto a su posición, sin mayor interés en ceder (Posner, 2007, p. 62). Si ambos padres son optimistas en cuanto al sorteo o si sienten que tienen más derecho a dar su apellido al bebé en camino, tal inflexibilidad puede ser todavía mayor (Camerer, 2003, p. 158).

Como consecuencia de lo anterior, las negociaciones podrían durar semanas o incluso meses sin mayores avances. La demora en tales negociaciones usualmente afecta el resultado, como sucede cuando niños negocian la división de un helado que rápidamente se derrite o, en cuanto a discusiones de adultos, en huelgas como en litigios, donde el paso del tiempo reduce el beneficio a obtener e incrementa los costos de lograr este (Dixit & Nabeluff, 1993, p. 45). Es cierto que el transcurso del tiempo no reduce el valor de los apellidos, pero ello sí puede generar un costo significativo en cuanto a la armonía y estabilidad de las parejas que esperan un hijo. Además, el padre que impone su propio apellido puede experimentar la denominada maldición del ganador, no en términos monetarios, pero sí psicológicos o emocionales, dado que los costos de persuadir a su cónyuge pueden terminar siendo muy grandes a la luz del beneficio obtenido. En el peor de los casos, tal costo equivaldrá a las consecuencias del divorcio o, en un escenario menos grave, de padres viviendo juntos bajo un modelo de esferas separadas. Como otra posibilidad, menos terrible, el monopolio bilateral puede frenar toda negociación y llevar a que el apellido del niño se termine decidiendo por sorteo, y ello a pesar de que alguna alternativa hubiera dejado a ambas partes mejor (Farnsworth, 2007, p. 131).

La literatura del análisis económico del derecho indica que la ley debe prevenir, solucionar o al menos mitigar los monopolios bilaterales (Posner, 2007, p. 62). La reciente jurisprudencia, por el contrario, creó un monopolio bilateral, inexistente cuando los hombres tenían el derecho inalienable sobre los apellidos de sus hijos. Claro está, los beneficios de un tratamiento equitativo entre géneros pueden ser mayores que los costos de tal nuevo monopolio bilateral.

Una alternativa teórica a negociar sobre apellidos durante el embarazo es acordar la prioridad en capitulaciones matrimoniales. La pregunta aquí es si un entendimiento estipulando el apellido de futuros hijos es válido. La ley colombiana no da respuesta a esta pregunta, al menos no de manera explícita. Bajo el principio de libertad contractual y recordando que en derecho privado las partes pueden hacer todo aquello que no esté expresamente permitido, tal acuerdo si podría ser válido. Pero ello, en cualquier caso, no es el fin de la pregunta. Si una de las partes no cumple lo acordado en las capitulaciones, el problema termina consistiendo en si la otra parte puede reclamar solo una indemnización, y cómo valorar esta, algo muy complejo, o si tendría derecho a exigir el cumplimiento específico o en natura. Además, un contrato válido no necesariamente equivale a uno ejecutable. Ejecutar un contrato prenupcial estipulando el orden los apellidos sería una difícil tarea toda vez que el matrimonio es el ejemplo por excelencia de contrato relacional, un término que hace referencia a acuerdos de largo plazo, complejos pero flexibles, donde es prácticamente imposible estipular en detalle y por anticipado los derechos y obligaciones de las partes, la mayor parte de los cuales permanecen implícitos (Schwab, 1998, pp. 618-623). Lo anterior, por supuesto, dejando de lado aquí la discusión sobre si el matrimonio es o no un contrato (Monsalve, 2005, pp. 347-412).

4. TEORÍA DE JUEGOS APLICADA A LA BATALLA DE LOS APELLIDOS

Esta sección analiza la batalla de los apellidos bajo dos famosos modelos: la batalla de los sexos y el juego de la gallina. A primera vista, analizar la batalla de los apellidos bajo dos modelos contradictorios es incoherente. Un análisis más profundo, sin embargo, sugiere que modelar una situación real a través de diferentes juegos tiene las ventajas de relevar más información y de facilitar un análisis más enriquecedor de cómo las normas legales afectan el comportamiento estratégico de los padres que eligen los apellidos de sus hijos. Sobre el particular, Elster considera que una situación del mundo real puede ser modelada a través de diferentes juegos y recuerda que: la carrera armamentística fue modelada como un dilema del prisionero, y también como el juego de la gallina o como la caza del ciervo, mientras que la coordinación de pesos y medidas puede ser vista tanto estudiada tanto a través del juego de la gallina como del de la batalla de los sexos (Elster, 2007, p. 326).

Este artículo hace algunos supuestos aplicables a ambos modelos. Primero, los pagos de los padres no son en dinero, sino que ellos miden la utilidad que reciben cuando sus hijos son registrados con sus apellidos, estando relacionada tal utilidad

con la felicidad, el orgullo o con algún otro factor psicológico (Binmore, 2007a, p. 111). Segundo, y a pesar de posibles intervenciones de familiares y amigos, la batalla de los apellidos es un juego de dos personas, en el que los padres son los únicos jugadores. Tercero, e incluso en matrimonios exitosos, tal juego es no cooperativo: los cónyuges pueden comunicarse entre sí, negociar los apellidos de sus hijos y celebrar un acuerdo sobre el particular, pero aquí se asume que este no sería ejecutable (Cirace, 2018, p. 1). Cuarto, la batalla de los apellidos puede ser bien un juego único, cuando los padres tienen un solo hijo en común, o un juego repetido, cuando aspiran a tener o tienen al menos dos hijos. Quinto, el juego puede ser una mezcla de movidas secuenciales o simultáneas o simplemente un juego secuencia en algunos matrimonios y simultáneo en otros (Dixit & Nabeluff, 1993, p. 33). Así, en cualquier momento durante el embarazo, un padre podría anunciar su decisión al otro o, alternativamente, ellos podrían revelarse mutuamente sus preferencias casi al mismo tiempo, como sucedería cuando discuten la secuencia de apellidos justo minutos antes de registrar al recién nacido. Sexto, la batalla de los apellidos no es un juego de suma cero. Salvo posibles pero escasas excepciones, la utilidad de un padre dado un conjunto de estrategias no es equivalente a la desutilidad del otro padre. Séptimo, se asume aquí que ambos padres tienen información que es tanto perfecta como completa. Recuérdese que información completa significa que cada jugador conoce la estructura, estrategias y pagos propios del juego, mientras que información completa implica un paso más allá: requiere que las partes conozcan también las estrategias y pagos de los otros jugadores (Parisi, 2013, p. 57). En la vida real, algunos padres tendrán muchos datos sobre las estrategias y pagos mientras que otros estarán menos informados.

4.1. La batalla de los sexos

La batalla de los sexos es un juego clásico de coordinación donde un hombre prefiere ir a un tipo de entretenimiento, por ejemplo, fútbol, la mujer quiere ir a otro tipo de atracción, como la ópera, pero ambos prefieren estar juntos. Para ambos jugadores, el mejor resultado es ir a su elección preferida con la otra persona; la segunda mejor opción es asistir al entretenimiento menos preferido con tal individuo; el tercer resultado en ranquin es ir solo a la actividad preferida; y, el peor escenario es estar solo en el entretenimiento no deseado. La Tabla 1 muestra las partes, las estrategias y los hipotéticos pagos de un juego típico de batalla de los sexos en su forma normal.

TABLA 1. LA BATALLA DE LOS SEXOS

		Ella	
		Fútbol	Ópera
Él	Fútbol	3, 2	1, 1
	Ópera	0, 0	2, 3

Fuente: Elaboración propia.

La Tabla 2 adapta las estrategias y pagos de la batalla de los sexos a la batalla de los apellidos. Esta no es la primera aplicación de tal juego a disputas familiares; para dar una ilustración, la batalla de los sexos ha servido para modelar controversias entre padres que se divorcian con relación a la custodia de sus hijos (Zaluski, 2015, pp. 116-117). Hay, sin embargo, al menos una diferencia para tener en cuenta: en la versión original de la batalla de los sexos, los jugadores no se comunican y deben decidir a qué entretenimiento van sin ser capaces de anticipar, de antemano, a dónde irá la otra persona. En otra versión, más aplicable a la batalla de los apellidos, los jugadores intentan coordinar sus decisiones.

Cada uno de los padres tiene un menú de dos estrategias: preferir su propio apellido o ser altruista, cediendo a los deseos de su pareja. Los números son valores hipotéticos pero simétricos y acordes con lo siguiente: (i) el mejor resultado ocurre cuando un padre prefiere su propio apellido (el equivalente de ir a la actividad preferida en la batalla de los sexos) y su cónyuge acepta tal elección (el equivalente de ambas partes ir al mismo lugar); (ii) el segundo mejor escenario es el contrario, un padre reaciosamente cede ante la preferencia de su cónyuge, renunciando a darle a su hijo su propio apellido pero manteniendo la armonía del matrimonio y minimizando el costo de un eventual conflicto; (iii) la tercera mejor opción ocurre cuando cada padre es egoísta, queriendo prioridad con respecto al apellido de su hijo con el subsiguiente conflicto; y (iv) un escenario final tiene lugar cuando ambos padres son altruistas y están felices de dar prioridad a su pareja.

TABLA 2. LA BATALLA DE LOS APELLIDOS

		Madre	
		Su apellido	Apellido cónyuge
Padre	Su apellido	(I) 4, 2	(II) 0, 0
	Apellido cónyuge	(III) 0, 0	(IV) 2, 4

Fuente: Elaboración propia.

La celda I tiene pagos de 4 para el padre, que impone su apellido, y 2 para la madre, que cede su derecho a su pareja para evitar el conflicto. La celda IV es lo opuesto de la I. La celda II tiene un pago de 0 para cada padre, asumiendo que el beneficio compensa el costo: el primero es la utilidad resultante de tener prioridad sobre el apellido del niño en caso de que un cónyuge convenza al otro, mientras que el segundo refleja la desutilidad proveniente del conflicto dentro del matrimonio. La celda III también tiene un pago de 0 para cada padre: hay un beneficio derivado de ser altruista pero un costo compensatorio debido no solo a que se renuncia a su propio apellido sino también al posible conflicto cuando ambas partes deciden ser generosos, una situación que recuerda al asno de Buridan que murió de hambre mientras decidía de cuál de las dos pacas de heno disponibles comía (Binmore, 2007a, p. 215). El beneficio en la celda III es menor que en la celda II, pero el costo, dada la mutua generosidad en vez

de una conducta egoísta, es menor en el mismo grado. Como ya se indicó, la Tabla 2 asume que las preferencias y pagos en las celdas I y IV son simétricas; un supuesto que no aplicaría cuando un padre prefiere su propio apellido más que su cónyuge aprecia el propio.

La batalla de los sexos carece tanto de estrategias dominantes como dominadas y tiene dos posibles equilibrios bajo estrategias puras: aquellos donde ambos jugadores van al mismo tipo de entretenimiento. Bajo las cifras de la Tabla 2, esto también es cierto con relación a la batalla de los apellidos toda vez que el equilibrio ocurre cuando ambos padres prefieren el mismo apellido para sus hijos.

Un tercer equilibrio surge si el modelo considera estrategias mixtas, aquellas en las cuales los jugadores utilizan estrategias aleatorias. La aleatoriedad puede ser especialmente útil en la batalla de los apellidos, al permitir a las partes que pelean por un objeto indivisible convertirlo en valores esperados (Schelling, 1960, p. 176). Evidentemente, un equilibrio en estrategias mixtas depende fuertemente de los pagos asumidos, que a su vez son función de las preferencias reales, que varían entre padres. Bajo los números de la Tabla 2, el padre prefiere su propio apellido con probabilidad $p_p = 1/5$ y el apellido de su cónyuge con $q_p = 1 - p_p = 2/5$. La madre, a su vez, prefiere su propio apellido con probabilidad $p_M = 1/3$ y el apellido de su cónyuge con $q_M = 1 - p_M = 2/3$. A primera vista, resulta extraño que la probabilidad de ser altruista sea mayor que la de ser egoísta, pero la razón es clara: dado que el pago por ser egoísta es mayor, la probabilidad debe ser menor para que ambas opciones sean indiferentes.

Incluso de manera más interesante, algunos pagos pueden generar un equilibrio mixto donde cada padre escoge una estrategia con probabilidad del 50%, la misma que existe de ganar el sorteo bajo la nueva jurisprudencia colombiana. La Tabla 3 indica tales pagos. Como es lógico, este escenario surge cuando ambos padres son indiferentes entre su propio apellido y el de su cónyuge.

TABLA 3. LA BATALLA DE LOS APELLIDOS CON DIFERENTES NÚMEROS

		Madre	
		Su apellido	Apellido cónyuge
Padre	Su apellido	(I) 2, 2	(II) 0, 0
	Apellido cónyuge	(III) 0, 0	(IV) 2, 2

Fuente: Elaboración propia.

De manera similar a lo que sucede en la batalla de los sexos, es imposible responder la pregunta fundamental de los juegos, a pesar de ello, algunos comentarios se pueden formular (Williams, 2013, p. 104).

Primero, en general y considerando que las normas sociales juegan un papel importante en cómo se comportan las personas (Basu, 2018, p. 89), el equilibrio que favorece a los hombres podría tener una ventaja y actuar como punto focal debido a

ciertas prácticas culturales en algunas regiones colombianas, así sea discriminatorio contra las mujeres. Las sociedades a veces eligen convenciones no solo con base en las normas legales sino por acuerdo social o por costumbre (Binmore, 2007b, p. 58). Un punto focal es una elección que es obvia y saliente para las partes durante la negociación (Schelling, 1960, p. 57 y Zaluski, 2015, p. 106). Así, el punto focal puede ser aquel congruente con el comportamiento de quienes tomen las decisiones y consistente con los roles aceptables socialmente para los géneros (Lundberg & Pollak, 1993, p. 139). Como un factor en el sentido contrario, la cada vez mayor participación de las mujeres en el ámbito laboral y en muchos otros aspectos de la vida moderna les podría dar a ellas más poder de negociación (Wax, 2017, p. 284).

Segundo, el equilibrio resultante depende de factores extrínsecos como las asimetrías de información, las actitudes hacia el riesgo y los valores de amenaza (Camerer, 2003, pp. 340-341). La información se refiere a las preferencias de los padres. Dejando de lado temporalmente el supuesto de información completa y perfecta, los padres podrían comunicar sus preferencias reales u ocultarlas, esto último con el fin de obtener ciertas ventajas en el proceso de negociación. Una parte que se comporte estratégicamente podría conjeturar que la parte mejor informada tiene la ventaja en el juego de los apellidos y, como resultado, enviar solo mensajes crípticos a la otra parte, para evitar que esta última tome ventaja de una preferencia fuerte sobre apellidos extrayendo un mayor precio a cambio de una concesión.

El riesgo es otro factor que afecta el poder de negociación. Los jugadores más pacientes pueden tolerar procesos más largos y lograr mayores concesiones de personas impacientes (Camerer, 2003, p. 152). En una nota relacionada, un padre averso al riesgo preferiría evitar el riesgo de un sorteo así ello le implique hacer algunas concesiones al otro padre; en cambio, un padre propenso al riesgo será atraído por tal sorteo. Si los padres son bien aversos al riesgo o bien propensos al mismo, descartando por ahora la posibilidad de neutralidad, tres clases de parejas podrán existir. Para empezar, si ambos padres son propensos al riesgo, tanto el conflicto como el sorteo serán más probables. Este, sin embargo, es el escenario menos probable dado que la mayoría de las personas son aversas al riesgo o al menos neutrales al mismo (Posner, 2007, p. 256). Alternativamente, si ambos padres son aversos al riesgo, lograr un acuerdo y evitar el sorteo será más factible, aunque no del todo esperable debido a que subsiste la dificultad de negociar sobre un objeto indivisible (Binmore, 2007b, p. 144). Finalmente, si una parte es propensa al riesgo y la otra es aversa, es más probable que la primera prevalezca en cuanto al apellido de sus hijos (Dixit & Nabeluff, 1993, p. 300).

Como tercer y último factor relacionado con el poder de negociación, los valores de amenaza o puntos de desacuerdo se refieren a la utilidad que las partes obtendrían si no logran un acuerdo y terminan su relación (Parisi, 2013, p. 86). El divorcio, o la transición a un matrimonio de esferas separadas, son los típicos puntos de amenaza en un matrimonio (Lundberg & Pollak, 1993, p. 132). Aunque sería sorprendente enterarse de que una pareja se divorció porque no pudo llegar a un entendimiento sobre los apellidos de sus hijos, tal desacuerdo podría ser la gota que rebasó la copa.

El valor del divorcio depende de factores intrínsecos y extrínsecos. Los primeros, como *estatus quo*, dependen de la utilidad que los cónyuges obtienen al compartir sus vidas, valor que se compara con la utilidad que se lograría en el caso de estar divorciados (Cohen, 2002, p. 267). Los factores extrínsecos, a su vez, se relacionan con las normas sobre el divorcio: una amenaza tiene más fuerza cuando la ley permite el divorcio unilateral o sin culpa y menos poderosa cuando la ley exige acuerdo entre los cónyuges, un período de espera o culpa de una de las partes (Cohen, 2002, p. 267). A mayor el valor de la amenaza y mientras más fácil sea ejecutar esta, mayor el poder de negociación (Baird et al, 1994, p. 221). En cualquier caso, la amenaza más exitosa es aquella que no se ejecuta (Schelling, 1960, p. 176). Para dar un ejemplo bajo información asimétrica, una parte con una amenaza de bajo valor puede hacer una amenaza vacía (sin disposición a cumplirla) y llevar al otro padre a hacer una concesión sobre el apellido del hijo en común al creer este erróneamente que era una amenaza que sí se ejecutaría.

4.2. El juego de la gallina

La batalla de los sexos resulta un modelo apropiado para modelar la batalla de los apellidos, cuando las preferencias de los cónyuges sobre tales apellidos difieren a pesar de que conviven en un matrimonio armónico. Cuando los futuros padres tienen una relación claramente conflictiva o, peor, cuando están distanciados y han cortado comunicación, una controversia acerca de los apellidos de los hijos puede parecerse a un juego no cooperativo y, en particular, al denominado juego de la gallina (Cirace, 2018, pp. 120-22). En este juego, dos jugadores manejan sus automóviles en dirección de colisión entre sí, luego, cada uno debe decidir si virar para evitar una colisión o seguir adelante. En una versión alternativa, famosa desde la película *Rebelde sin causa*, dos adolescentes manejan sus carros hacia un precipicio. El jugador que vira cuando el otro no lo hace es la gallina o el perdedor. Si ningún jugador vira, ambos pierden al morir o, en versiones menos truculentas, al sufrir un gran costo. Si, por el contrario, ambos jugadores viran, evitan la catástrofe, aunque ninguno pueda reclamar la victoria. La Tabla 4 muestra la típica estructura del juego de la gallina con una alta desutilidad cuando los jugadores colisionan, una muy baja cuando ambos viran, y dos celdas simétricas con utilidad alta para el jugador que no vira y una baja desutilidad para quien sí lo hace.

TABLA 4. EL JUEGO DE LA GALLINA

		Jugador 2	
		Seguir manejando	Virar
Jugador 1	Seguir manejando	-20, -20	10, -2
	Virar	-2, 10	-1, -1

Fuente: Elaboración propia.

El juego de la gallina es aplicable a interacciones como peleas por un lugar de estacionamiento, asignación de tareas a varios empleados, huelgas o guerras frías (Cirace, 2018, p. 150). El modelo también puede ser aplicado a una disputa entre dos padres, cada uno de ellos exigiendo prioridad al elegir el apellido de sus hijos. Allí, virar es aceptar fácilmente el apellido del otro padre mientras que "seguir manejando" es lo opuesto: insistir en tener prioridad. El cónyuge que cede es la gallina. Si ambos cónyuges "siguen manejando", esto es, insisten en tener prioridad, la colisión puede ocurrir consistiendo el daño en un matrimonio menos armónico, en el caso menos grave, o en una transacción a un modelo de esferas separadas o incluso divorcio en un peor escenario. Los números de la Tabla 4 pueden ser aplicables a tal juego entre padres.

Similar a la batalla de los sexos, el juego de la gallina tiene dos equilibrios en estrategias puras, pero, en contraste con dicho modelo, tales equilibrios existen cuando las partes eligen acciones diferentes; i.e., cuando el ganador "sigue manejando" mientras el perdedor vira (Williams, 2013, 2012). Como sucede en la batalla de los sexos, es imposible determinar de antemano cuál de los dos equilibrios prevalecerá, aunque los comentarios hechos más arriba sobre el punto focal son también aplicables aquí. Además de esos dos equilibrios bajo estrategias puras, hay un tercer equilibrio en estrategias mixtas.

Brinkmanship, un término difícilmente traducible al español (quizás "política arriesgada") y acuñado por el premio Nobel de Economía, Thomas Schelling, ha sido asociado al juego de la gallina y puede ser también aplicado a la batalla de los apellidos (Schelling, 1960, p. 187). Tal término se refiere al arte de deliberadamente permitir que, una situación amenazante se salga de control o quede sujeta a cierto grado de incertidumbre bajo el supuesto de que la otra parte considerará intolerable tal riesgo (Schelling, 1960, p. 187). En el juego de la gallina, una forma extrema de *brinkmanship* implica que el conductor retira el timón de su carro en una forma visible para el otro jugador, que ahora solo puede elegir entre virar o morir. Aunque tal estrategia se hizo famosa en situaciones de vida o muerte colectivas como la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, como se ilustró en la película *Dr. Strangelove*, esta también puede aplicarse a situaciones más mundanas como la negociación entre cónyuges. En esta, un padre puede estratégicamente demorar una decisión sobre el apellido de su hijo y comunicar a la otra parte que no habrá ninguna cooperación y que se sujetará a lo que decida el sorteo (Mero, 1998, p. 1). Un padre también puede decirle a la familia y amigos que el niño por nacer llevará su apellido o, para el caso de padres que no conviven, cortar toda comunicación a menos que se le dé gusto y aparecer solo al momento de tal sorteo (Dodge, 2012, pp. 91-92). Otra opción sería amenazar con un pequeño deterioro real o potencial de la relación anticipando que la otra parte no lo tolerará (Dodge, 2012, pp. 82-83).

CONCLUSIONES

A primera vista, el análisis económico de las normas colombianas que permiten a los padres elegir la secuencia de los apellidos de sus hijos es un tema trivial. Un análisis más detallado, sin embargo, no solo muestra que los apellidos pueden ser bienes de gran valor para ciertos padres, madres o hijos, sino que también indica que: un estudio de esta materia bajo un enfoque de teoría de juegos contribuye a la literatura ofreciendo perspectivas nuevas no solo sobre los efectos de las nuevas reglas legales, sino también sobre el análisis económico del derecho de familia en general y, en particular, del matrimonio y de las negociaciones que ocurren dentro de él.

Para lograr tal contribución, y luego de explicar la importancia que pueden tener los apellidos, este artículo explicó primero los modelos que explican cómo se toman decisiones económicas dentro de las familias, para luego resumir tanto las normas colombianas ya derogadas y las de reciente promulgación, aplicando los modelos ya referenciados, e igualmente conceptos del análisis económico del derecho como derechos de propiedad bajo el teorema de Coase o monopolio bilateral a la estrategia de padres y madres a la hora de decidir o negociar el orden de los apellidos de sus hijos. Este texto también aportó a la literatura jurídica y económica al aplicar dos tradicionales juegos, la guerra de los sexos y el juego de la gallina, a las negociaciones que pueden surgir entre padres y madres al momento de determinar cuál apellido va de primero y cuál de segundo, aventurando posibles equilibrios, así como la posibilidad de incluir dicho orden de apellidos como un tema más de negociación entre los muchos aspectos que personas que comparten un hijo, especialmente cuando hay una relación afectiva entre ellos, deben acordar.

Algunos lectores se habrán sorprendido con el énfasis en racionalidad y comportamiento estratégico, considerando que la negociación dentro de los matrimonios sobre los hijos incluye amor, altruismo, empatía y otros valores o sentimientos. Tales valores, de hecho, son muy importantes, pero pueden coexistir con cónyuges comportándose estratégicamente e intentando obtener lo mejor de la negociación. Además de ello, la racionalidad, pero no así la emoción, es posible modelar bajo la teoría de juegos.

Este artículo no analizó si la nueva norma colombiana es mejor o peor que la anterior. Investigaciones futuras podrán analizar esos temas. Lo que el texto hizo fue ilustrar las consecuencias de las nuevas normas legales para padres que esperan tener hijos, especialmente en matrimonios. Este enfoque teórico podrá ser complementado con un estudio empírico dentro de algunos años, cuando algunas estadísticas sobre las elecciones de los padres en cuanto a los apellidos de sus vástagos, estén disponibles.

El presente texto también podrá estimular la expansión del análisis económico del derecho de familia hacia territorios no explorados, algo especialmente útil en lugares como Colombia, donde esta área de estudio es todavía incipiente.

REFERENCIAS

Libros:

- Ariely, D. (2010). *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York: Harper Perennial.
- Baird, D. G., Gertner, R. H. & Picker, R. (1994). *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Basu, K. (2018). *The Republic of Beliefs, A New Approach to Law and Economics*. Princeton: Princeton University Press.
- Becker, G.S. (1993). *Treatise on the Family*, Cambridge: Harvard University Press.
- Binmore, K. (2007a). *Playing for Real a Text on Game Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Binmore, K. (2007b) *Game Theory, A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Camerer, C. F. (2003). *Behavioral Game Theory, Experiments in Strategic Interaction*. Princeton: Princeton University Press.
- Cirace, J. (1993). *Law, Economics, and Game Theory*. New York: Lexington Books.
- Dixit, A. K. & Nabeluff, B. J. (1993). *Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life*, W.W. New York: Norton & Company.
- Dodge, R. V. (2012). *Schelling's Game Theory, How to Make Decisions*. Oxford: Oxford University Press.
- Elster, J. (2007). *Explaining Social Behaviour: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Farnsworth, W. (2007). *The Legal Analyst, A Toolkit for Thinking About the Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Harrison, J.L. & Theeuwes, J. (2008). *Law and Economics*. New York: W. W. Norton & Company
- Harrys, J.R. (2006). *No Two Alike: Human Nature and Human Individuality*. New York: W.W. Norton & Company.
- Lima-Campos, A. & Gaviria, J. A. (2017). *Introduction to Trade Policy*. London: Routledge.
- Parisi, F. (2013). *The Language of Law and Economics, A Dictionary*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Posner, R. (2009). *Economic Analysis of Law* (7th ed.). New York: Wolters Kluwer.
- Sandel, M. (2009). *Justice*, Farrar. New York: Straus and Giroux.
- Schelling, T.C. (1960). *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press.
- Stearns, M. L., Zywicki, T. J. & Miceli, T. J. (2018). *Law and Economics: Private and Public*. New York: West Academic
- Williams, K. C. (2013). *Introduction to Game Theory, A Behavioral Approach*. Oxford: Oxford University Press.
- Zaluski, W. (2015). *Game Theory in Jurisprudence*. Warsaw: Copernicus Center Press.
- Zamir, E. & Teichman, D. (2018). *Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.

Capítulos de libro:

- Alchian, A. (2008). "Property Rights", in *The Complete Encyclopedia of Economics*, 422-425, Henderson, D.R., (ed.). Indianapolis: Liberty Fund.
- Baird, D. G. (1998). "Game Theory and the Law", in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, 192-197, P. Newman. New York: MacMillan Reference Limited.
- Brinig, M. F. (2000). "Parent and Child", in *Encyclopedia of Law and Economics II, Civil Law and Economics*, 230-273, G. de Geest. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Cohen, L. R. (2002). "Marriage: The Long-Term Contract", in *The Law and Economics of Marriage & Divorce*, 10-34, A. W. Dnes & R. Rowthorn (eds.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Pickier, R. (2000). "An Introduction to Game Theory and the Law", in *Chicago Lectures in Law and Economics*, 29-47, E.A. Posner, (ed.). Chicago: Foundation Press.
- Schwab, S. J. (1998). "Marriage as Contract", in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 2, 618-623, P. Newman, (ed.). New York: MacMillan Reference Limited.
- Scott, E. S. & Scott R. B. (1999). "A Contract Theory of Marriage", in *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, 201-244, F.H. Buckley, (ed.). Raleigh: Duke University Press.
- Wax, A. (2017). "Family and Household Economics", in *The Oxford Handbook of Law and Economics, II: Private and Commercial Law*, 280-307, F. Parisi, (ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Zelder, M. (2002). "For better or for worse? Is Bargaining in Marriage and Divorce Efficient?" in *The Law and Economics of Marriage & Divorce*, 157-170, A. W. Dnes & R. Rowthorn, (eds.). Cambridge: Cambridge University Press.

Artículos en revistas:

- Allen, D. & Brinig, M. (1998). "Sex, Property Rights and Divorce". *European Journal Law*, 211-219.
- Ayres, I. & Gertner, R. (1989). "Filing Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", vol. 99. *Yale Law Journal*, 87-130.
- Calabresi, G. & Melamed, Douglas A. (1972). "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", vol. 85. *Harvard Law Review*, 1089-1128.
- Cohen, L. R. (1987). "Marriage, Divorce, and Quasi Rents"; Or, "I Gave Him the Best Years of My Life", vol. 16, *Journal of Legal Studies*, 267-303.
- Demsetz, H. (1967). "Toward a Theory of Property Rights", 57 *American Economic Review*, 347-359.
- Gaviria, A., Medina, C. & Palau, María del Mar. (2007). "Las consecuencias económicas de un nombre atípico. El caso colombiano [Economic Consequences of a Rare Name. The Colombian Case]". *CEDE Document* 1657-7191.
- Lundberg, S. & Pollak, R. A. (1993). "Noncooperative Bargaining Models of Marriage", vol. 84, *American Economic Review*, 132-137.
- Monsalve, M. (2005). "Hacia la Contractualización del Vínculo Matrimonial", 54 (110) *Vniversitas*, 347-412.
- Olano, H.A. (2004). "Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales", 53(108) *Vniversitas*, 571-602.

Otras publicaciones:

Un abogado logra que el TS reconozca que su apellido materno en extinción es un "bien a proteger", *La Razón*, España, 18 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.larazon.es/espana/20211018/p27xwnmfhrauzn5uuovk32xo4y.html> .